المحيط البرهاني

في مسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله

تأليف

الإمام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري

رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ - ٦١٦ هـ

عني بإخراجه وتصحيحه

نعيم أشرف نور أحمد

المجلد العاشر

إدارة القرآن   المجلس العلمي

الفصل الثاني عشر
في البيع بشرط الخيار

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

نوع منه
في بيان ما يصح منه وما لا يصح منه

١٢٣٩٢ - يجب أن يعلم بأن الخيار المشروط في العقد لا يخلو : إما أن يكون مؤبدًا ، بأن يقول المشروط له الخيار : على أني بالخيار أبدًا ، وفي هذا الوجه العقد فاسد ؛ لأن الأبد ينصرف إلى العمر ، ويصير تقدير المسألة كأنه قال : على أني بالخيار مدة عمري ، ولو صرح بذلك ، يفسد العقد لجهالة المدة ، كذا ههنا ، وكذلك لو قال : على أني بالخيار ، ولم يوقت لذلك وقتًا ، كان العقد فاسدًا ؛ لأن المطلق فيما يحتمل التأبيد ينصرف إلى الأبد ، فكأنه قال : على أني بالخيار أبدًا ، وكذلك إذا قال : على أني بالخيار أيامًا ، ولم يبين مقدار ذلك ، فالعقد فاسد ، وإن ذكر لذلك وقتًا معلومًا ، فإن قال : ثلاثة أيام ، أو دون ذلك ، فالعقد جائز بالاتفاق ، وإن قال : أربعة أيام ، أو ما أشبه ذلك ، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه العقد فاسد ، وهو قول زفر ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : العقد جائز ، والصحيح ما قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه ؛ لأن القياس يأبى جواز البيع مع شرط الخيار ؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد ، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة ، لكن عرفنا جوازه بالنص ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام لحبان بن منقذ[1] : «إذا بايعت » ، وفي رواية : «إذا ابتعت شيئًا فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام»[2] .

وهذا النص مقيد بثلاثة أيام ، فبقي ما زاد على الأيام الثلاثة على أصل القياس والنص الوارد في ثلاثة أيام لا يكون واردًا فيما زاد عليها ؛ لأن منع حكم العقد فيما زاد على ثلاثة أيام أكثر ، والشيء يدل على مثله ، ولا يدل على ما فوقه ، والاستدلال بالأجل لا يجوز ؛ لأن الأجل أدنى في منع حكم العقد من خيار الشرط ؛ لأن الأجل يمنع المطالبة ، ولا يمنع وقوع

. . .

(١) هكذا في ظا ، وكان في الأصل : منقد .

(٢) أخرجه ابن ماجه في "سننه" (٢٣٥٥) ، وأخرجه ابن حبان في "صحيحه" (٤٩٨٣) ، والبيهقي في "سننه الكبرى" (١٠٢٣٩) ، وذكره الحافظ ابن حجر في "الفتح" (١/ ١٣٩ و١٢/ ٣٤٦) .

الملك في البدلين، وخيار الشرط يمنع وقوع الملك بالكلية، فإن سقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع بسبب من الأسباب، فالبيع جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ وعليه الفتوى، وقال زفر: العقد فاسد، وقيل: ذلك العقد موقوف عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه على ما ذهب إليه أهل خراسان، فإذا مضى جزء من اليوم الرابع، فسد العقد الآن، ويعني من ذهب إليه أهل العراق العقد فاسد، فإذا سقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع، ارتفع الفساد، وهو نظير البيع إلى الحصاد، والدياس، إذا أسقط الأجل قبل دخول وقت الحصاد والدياس.

وإذا لم يكن الخيار موقتًا بوقت، فلصاحب الخيار أن يختار في الثلاث، فإن مضت الثلاث قبل أن يختار البيع، فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يجوز اختياره بعد الثلاث، وينقلب العقد جائزًا، هكذا ذكر في الأصل.

قال شمس الأئمة الحلواني: إنما ينقلب جائزًا عندهما، إذا أسقطا الخيار إلى شهر، أما إذا أسقطاه بعد مضي الشهر، لا ينقلب جائزًا عندهما.

وفي القدوري: إذا أسقطا الخيار في أي وقت أسقطاه، فالبيع جائز على قولهما، وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن هذا البيع جائز؛ لأن الخيار ملائم بالعقد، فصح شرطه من غير توقيت، كخيار الرؤية، وخيار العيب، إلا أنه يقول على هذه الرواية: يجبر من له الخيار على أن يمضي البيع، أو يفسخ، وروي عنه رواية أخرى: أنه قال: إذا اجتمعا، فإن أجاز البيع، وإلا فسخ، وعنه رواية أخرى: أنه إذا لم يكن للخيار مدة، فلكل واحد منهما إبطال العقد، وقال محمد: إذا كان الخيار للمشتري غير موقت، فليس للبائع [فسخ](1) العقد، وإنما ذلك إلى المشتري.

١٢٣٩٣- وفي القدوري: ولو كان الخيار إلى قدوم فلان، أو موته، أو إلى أن يهب الريح، فأبطلا الخيار، لم يجز البيع في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى.

وفي نوادر ابن سماعة: عن محمد رحمه الله تعالى: رجل باع من آخر عبدًا، أو ثوبًا، أو ما أشبه ذلك على أن المشتري فيه بالخيار ثلاثة أيام بعد ما مضى شهر رمضان، قال: هذا جائز، وله الخيار في شهر رمضان كله، وثلاثة أيام بعده، وكذلك لو شرط الخيار للبائع.

١٢٣٩٤- ولو كان البائع قال للمشتري: لا خيار لك في شهر رمضان، ولك الخيار بعد ذلك ثلاثة أيام، أو قال المشتري للبائع: لا خيار لك شهر رمضان، ولك الخيار بعده ثلاثة

(1) هكذا في النسختين: ف، م، وكذا في الأصل والنسخة ط: [illegible] [illegible].

أيام][١] فالبيع فاسد.

١٢٣٩٥ - وفي «الفتاوى»: إذا شرط للمشتري خيار يومين بعد شهر رمضان، والشراء في آخر رمضان، فالشراء جائز، وله الخيار ثلاثة أيام: اليوم الآخر من شهر رمضان ويومين بعده؛ لأنه سكت عن الخيار وقت العقد، فيمكن تصحيح هذا العقد باشتراط الخيار وقت العقد ويومين بعد رمضان، ولو قال: لا خيار له في رمضان، فالبيع فاسد؛ لأنه تعذر تصحيح هذا العقد. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه إذا باع بيعًا، وشرط الخيار لنفسه يومًا بعد سنة، فالبيع جائز، ولا خيار له في السنة، فإذا مضت السنة، فله الخيار يومًا.

١٢٣٩٦ - وإذا باع من آخر ثوبًا بعشرة دراهم، ثم إن البائع قال للمشتري: لي عليك الثوب، أو عشرة دراهم، قال محمد رحمه الله تعالى في «الأصل»: هذا عندنا خيار، وإذا باع على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما، فالبيع جائز، والشرط جائز، هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى المسألة في «الأصل».

واعلم بأن هذه المسألة على وجوه: إما إن لم يبين الوقت أصلًا، بأن قال: على أنك إن لم تنقد الثمن، فلا بيع بيننا، أو بين وقتًا مجهولًا، بأن قال: على أنك إن لم تنقد الثمن أيامًا، وفي هذين الوجهين العقد فاسد، وإن بين وقتًا معلومًا إن كان ذلك الوقت مقدرًا بثلاثة أيام، أو دون ذلك، فالعقد جائز عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، والقياس يأبى جواز العقد مع هذا الشرط، وبه أخذ زفر رحمه الله تعالى؛ لأنه شرط لا يقتضيه البيع، فإنه شرط الفسخ، متى لم ينقد الثمن ثلاثة أيام، والبيع لا يقتضي الفسخ، متى لم ينقد الثمن ثلاثة أيام، وفيه منفعة للبائع، فإن المبيع يعود إلى ملكه، متى لم ينقد المشتري الثمن ثلاثة أيام، لكن ترك القياس فيما إذا كان الوقت مقدرًا بثلاثة أيام، لحديث عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما، فإنه روي أنه باع ناقة له من رجل على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما، والمروي عن الصحابة فيما لا يعرف قياسًا، كالمروي عن النبي عليه الصلاة والسلام، ولأن هذا شرط متعامل فيما بين الناس، يشترطون ذلك فيما بينهم لدفع الغبن عن أنفسهم، متى لم ينقد المشتري الثمن، والقياس يترك بالتعامل.

وإن بين المدة أكثر من ثلاثة أيام، قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: البيع فاسد، وقال محمد رحمه الله تعالى: البيع جائز، قال شيخ الإسلام: سوى أبو حنيفة رحمه الله تعالى بين هذا وبين خيار الشرط، فلم يجوز أكثر من ثلاثة أيام فيهما، ومحمد رحمه الله تعالى سوى

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من نسخة [illegible].

بينهما أيضاً، فحوز فيهما أكثر من ثلاثة أيام، ولم يذكر محمد قول أبي يوسف.

١٢٣٩٧ - وفي نوادر بن سماعة، قال: سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول: في رجل قال لآخر: بعتك عبدي هذا بألف درهم، فإن لم تأتني بالثمن إلى سنة فلا بيع بيني وبينك، قال: هذا فاسد، وليس هذا بمنزلة الخيار، وقال على هذه الرواية: لو نقد المشتري الثمن في الثلاث، وقال للبائع: خذه، فلا أريد تأخيره، فأبى أخذه، ولم يذكر، فهذه الرواية دليل أن أبا يوسف رحمه الله تعالى في هذه الصورة جوز البيع بهذا الشرط، ولم يفرق له على هذه الرواية بين هذا الشرط وبين شرط الخيار أن القياس يأبى الجواز مع هذا الشرط، ومع شرط الخيار، وإنما تركنا القياس في موضعين بالنص، والنص مع هذا الشرط مقيد بثلاثة أيام، وفي شرط الخيار ورد النص بالزيادة على ثلاثة أيام.

وروى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه رجع عن قوله: يفسد البيع مع هذا الشرط أكثر من ثلاثة أيام، وقال بجوازه مثل قوله في شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام، والحاصل أن هذا البيع بمنزلة البيع بشرط الخيار للمشتري، فإذا بين المدة أكثر من ثلاثة أيام، فالعقد فاسد عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، ويرتفع الفساد بالنقد قبل مضي اليوم الثالث على ما ذهب إليه أهل العراق، وعلى ما ذهب إليه أهل خراسان العقد موقوف، فإذا مضى اليوم الثالث ولم ينقد الثمن لأن، يفسد العقد.

١٢٣٩٨ - وإذا باع عبداً، وانتقد الثمن على أن البائع إن رد الثمن، فلا بيع بينهما، فهو جائز، وهو بمنزلة البيع بشرط الخيار للبائع، ويجوز شرط الخيار بعد البيع، كما يجوز شرطه وقت البيع، حتى إن المشتري إذا قال للبائع: أو البائع قال للمشتري بعد تمام البيع: جعلتك بالخيار ثلاثة أيام، أو ما أشبه ذلك، صح، وكان بالخيار كما شرط له، وإن كان الخيار فاسداً، فسد العقد به عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يفسد، وهو نظير ما لو ألحق شيئاً من الشروط الفاسدة بالعقد الصحيح.

١٢٣٩٩ - ومن باع من آخر شيئاً، وقبض المشتري المبيع، ومضى أيام، فقال البائع للمشتري: أنت بالخيار، فله الخيار ما دام في المجلس، لأن هذا بمنزلة قوله: لك الإقالة، ولو قال: أنت بالخيار ثلاثة أيام، فله الخيار ثلاثة أيام، كذا في الفتاوى.

١٢٤٠٠ - وإذا اشترى الرجل شيئاً على أنه بالخيار إلى الغد، أو إلى الظهر، دخلت الغاية في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا

يدخل حتى كان له الخيار في الغد والليل وفي وقت الظهر عند أبي حنيفة رحمه الله][1] خلافًا لهما، هكذا ذكر المسألة في "الأصل".

وذكر الحسن بن زياد في "المجرد" عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى بخلاف ما ذكر في "الأصل"، فقال: إذا باع على أنه بالخيار إلى الليل، فله الخيار ما بينه وبين أن تغيب الشمس، فإذا غابت الشمس، بطل خياره عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه.

١٢٤٠١- إذ قال للمشتري: خذه وانظر إليه اليوم، فإن رضيته، أخذته بعشرة، فهو خيار، وكذلك إذا قال: هو بيع لك، إن شئت اليوم.

١٢٤٠٢- وفي "الفتاوى": باع عبدًا على أنه بالخيار على أن له أن يعمله ويستخدمه، جاز، وعلى خياره، بخلاف ما لو باع كرمًا على أن يأكل من ثمره، حيث لا يجوز؛ لأن المنفعة لا حصة لها من الثمن، والثمن حصة من الثمن -والله أعلم-.

نوع آخر

في بيان عمل الخيار وحكمه:

١٢٤٠٣- إذا كان الخيار مشروطًا للبائع، فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق؛ لأن الخيار استثناء لحكم العقد، لأنه دخل على العقد، فأوجب تعليقه، ونفس العقد لا يقبل التعليق، وحكمه وهو الملك يقبل، فيخير في هذا الحكم بين أن يثبت وبين أن لا يثبت، كما يخير في الابتداء بين أن يباشر العقد وبين أن لا يباشر، وكان هذا هو الحياة الأصلية والثمن يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق؛ لأن المانع عن عمل العقد شرط الخيار، ولا شرط في جانب المشتري، فيعمل العقد في جانب المشتري، وعمل العقد في جانبه في إزالة الثمن عن ملكه، فلهذا قلنا: إن الثمن يزول عن ملك المشتري، وهل يدخل في ملك البائع؟ على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لا يدخل، وعلى قولهما يدخل، وإذا كان الخيار للمشتري، فالثمن لا يزول عن ملكه، والمبيع يخرج عن ملك البائع بالاتفاق على نحو ما ذكرنا في خيار البائع، وهل يدخل المبيع في ملك المشتري؟ على قول أبي حنيفة رضي الله عنه: لا يدخل، وعلى قولهما: يدخل.

وجه قولهما: إن المانع من عمل العقد شرط الخيار، ولا شرط في جانب البائع، فيعمل العقد في جانبه، وعمل العقد في جانبه إزالة المبيع عن ملكه إلى ملك المشتري، ولأبي حنيفة

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

رضي الله تعالى عنه أن الشراء كما هو علة زوال الثمن عن ملك المشتري ، فهو شرط دخول المبيع في ملكه ، ولهذا توقف دخول المبيع في ملك المخاطب على قبوله ، والخيار دخل على الشراء مطلقًا ، فكما يمنع عمله من حيث إنه علة يمنع من حيث إنه شرط .

ويبتني على هذا الأصل المختلف مسائل : منها : أن من اشترى زوجته على أنه بالخيار ثلاثة أيام ، لم يفسد النكاح عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ، وعندهما يفسد ، فإذا وطئها ، فله أن يردها بحكم الخيار عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، وعندهما ليس له ذلك .

ووجه البناء أن خيار المشتري لما منع دخول المبيع في ملكه عنده ، فالمشتري لم يملك زوجته عنده ، فلا يفسد النكاح ، ويكون الوطء حاصلاً بحكم ملك النكاح ، لا ملك اليمين ، فيصله الخيار إلى البائع ، فلا يمنع الرد ، وعندهما خيار الشرط لما لم يمنع دخول المبيع في ملك المشتري ملك المشتري امرأته ، فيفسد النكاح ، وكان الوطء حاصلاً بحكم ملك اليمين ، فيمنع الرد .

ومنها : أن المشترى بشرط الخيار للمشتري إذا كان ذو رحم محرم من المشتري بجهة القرابة لم يعتق عليه عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ؛ لأنه لم يملكه ، وخياره على حاله ، وعندهما يعتق ، ويبطل خياره .

١٢٤٠٤ - ومنها : أن المشترى إذا كانت جارية ، وقبضها المشتري ، فحاضت في يد المشتري في مدة الخيار بعض الحيض ، وأجاز المشتري العقد ، لا يجتزى بتلك الحيضة عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ؛ لأن بعضها حصلت خارج ملك المشتري ، وعندهما يجتزى بتلك الحيضة ، فإذا فسخ المشتري العقد ، ورد الجارية على البائع ، لا يجب على البائع الاستبراء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، سواء حصل الفسخ والرد قبل القبض أو بعده ، وعندهما إن كان الفسخ والرد قبل القبض ، لا يجب على البائع الاستبراء استحسانًا ، والقياس أن يجب ، وإن كان الفسخ والرد بعد القبض ، يجب على البائع الاستبراء قياسًا واستحسانًا بمنزلة العقد البات .

١٢٤٠٥ - ومنها : أن المشتري إذا كان قبض المبيع بإذن البائع ، ثم أودعه عند البائع في مدة الخيار ، ثم هلك في يد البائع في مدة الخيار ، أو بعدها ، هلك على البائع ، وبطل البيع عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ؛ لأن عنده المشتري لم يملك ، وقد ارتفع قبضه بالرد على البائع ، فكان الهلاك على ملك البائع ، وعندهما يهلك على المشتري ويلزمه الثمن ؛ لأن عندهما ملك المشتري ، فصار مودعًا ملك نفسه ، ويد المودَع يد المودِع ، فصار هلاكه في يد

البائع كهلاكه في يد المشتري .

ومنها : عبد مأذون له في التجارة ، اشترى من آخر سلعة على أنه بالخيار ثلاثة أيام ، ثم إن البائع أبرأه عن الثمن ، صح الإبراء استحساناً ، وخياره على حاله عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، إن شاء ، أجاز ، وتكون السلعة له بغير ثمن ، وإن شاء ، فسخ ، وعاد السلعة [إلى البائع بغير الثمن ، وعندهما بطل خياره ؛ لأن عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه العبد لم يملك السلعة][1] ، فيكون الرد والفسخ امتناعاً عن التملك ، والعبد يملك ذلك ، كما إذا وهب له هبة ، فامتنع عن القبول ، وعندهما يملك السلعة ، فالرد والفسخ من العبد يكون تمليكاً من البائع بغير بدل ، وأنه اصطناع بالمعروف ، والعبد لا يملك ذلك .

ومنها : إذا باع عبداً بجارية ، وشرط الخيار لبائع العبد ، فأعتق مشتري العبد الجارية أو العبد ، لا ينفذ عتقه ، أما في الجارية لأنها خرجت عن ملكه ، وأما في العبد لأنه لم يملكه ، ولو أعتق بائع العبد العبد ، نفذ عتقه ؛ لأنه بقي على ملكه ، وانتقض البيع ، ولو أعتق الجارية ، نفذ العتق ، ولزم البيع ؛ لأنه إن لم يملك الجارية عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، فهو سبيل من إثبات الملك لنفسه فيها بإسقاط الخيار ، فتضمن الإعتاق إسقاطاً للخيار ، ولو أعتقهما معاً ، يعني بائع العبد نفذ عتقه فيهما ، وانتقض البيع ، وعليه قيمة الجارية في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ؛ لأن العبد بقي على ملكه ، فنفذ عتقه فيه ، وحين ما أعتق العبد كان سبيل من إعتاق الجارية بإلزام العقد ، ينفذ العتق فيهما ، لكن بدل الجارية قد هلك قبل التسليم ، فأوجب ذلك فسخاً للعقد في الجارية ، فوجب ردها ، وقد عجز عن ذلك بسبب العتق ، فضمن قيمتها .

١٢٤٠٦ - قال بشر : سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول : رجل اشترى عبداً على أنه بالخيار ، ثم أجبر البائع على دفع العبد إلى المشتري ، ولا أجبر المشتري على دفع الثمن إليه ، ولو دفع المشتري الثمن ، أجبر البائع على دفع العبد إليه ، ولو دفع البائع العبد إلى المشتري ، أجبر المشتري على دفع الثمن ، وله الخيار ، ولو كان الخيار للبائع ، ونقد المشتري الثمن ، وأراد أن يقبض العبد ، فمنعه البائع ، فله ذلك ، غير أنه يجبر البائع على رد الثمن .

١٢٤٠٧ - قال أصحابنا رحمهم الله تعالى : خيار الشرط يمنع تمام الصفقة [لأنه يمنع ثبوت الحكم ، وهو الملك ، ويمنع اللزوم ، وكان مانعاً تمام الصفقة][2] ؛ لأن تمامها بثبوت جميع أحكامها ، فإذا كان الخيار للمشتري ، والمبيع شيء واحد ، أو شيئان ، لم يكن له أن يجيز العقد

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبت هذه العبارة من النسخ التي عندنا جميعاً .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط ، م ، ف .

أنه أفاق في مدة الخيار ، حكي عن الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي : أنه لا يكون على خياره [وذكر شمس الأئمة الحلواني : أنه على خياره][١] قال رحمه الله تعالى . وهو منصوص في المأذون ، وهو الأصح .

وإن سكر من الخمر ، لم يبطل خياره ؛ لأنه عد عاقلا كما في الطلاق ، وإن سكر من البنج ، يبطل حتى لو زال السكر من البنج ، ليس له أن يتصرف بحكم الخيار ، هكذا حكي عن الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي ، والصحيح أنه لا يبطل .

وإذا ارتد ، وعاد إلى الإسلام في المدة ، فهو على خياره إجماعا ، وإن مات ، أو قتل على الردة ، بطل خياره إجماعا ، وإن تصرف بحكم الخيار بعدها ، توقف تصرفه عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ، ونفذ عندهما ، وفسخه بأحد أمرين : إما بالقول أو بالفعل ، إما بالقول بأن يقول . فسخت ، فبعد ذلك ينظر ، إن كان المشترى حاضرا ، يصح الفسخ ، ولا يحتاج فيه إلى قضاء ، أو رضاء ، وإن كان غائبا ، لا يصح الفسخ ، ويكون موقوفا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، خلافا لأبي يوسف رحمه الله تعالى .

والمراد بالحضرة المذكورة في هذه المسألة العلم بالفسخ في مدة الخيار ، حتى إن المشترى إذا علم بالفسخ ، صح الفسخ ، وإن لم يكن حاضرا ، وإن علم بعد مضي المدة تم البيع ؛ لأن تمام المدة دلالة لزوم البيع ، فإذا اعترض في حال توقف الفسخ ، أبطل الفسخ ، فوجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أن صاحب الخيار تصرف برضاء صاحبه ، فلا يشترط علم صاحبه ، كالوكيل بالبيع إذا باع ؛ فإنه لا يشترط علم الموكل لصحة البيع ، لما قلنا ، كذا هنا .

بيانه : أن ولاية النقض بحكم شرط الخيار ، وصاحبه شاركه في شرط الخيار ، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى رواية أخرى في "النوادر" مثل قولهما ، ولهما أن صاحب الخيار بالفسخ يلزم حكما مبتدأ على صاحبه ، ولصاحبه فيه ضرر ، إذا لم يعلم به ؛ ويعني بهذا الفسخ فسخ العقد ، فإن العقد ثابت لا في حق الحكم ، فمسحه ورفعه يكون حكما مبتدأ ، وإنما قلنا لصاحبه فيه ضرر ، إذا لم يعلم به ؛ لأنه يبني على هذا [الفسخ][٢] أحكام يلزمه أداؤها ، وإذا كان لا يشعر بها ، يمضي على موجب العقد ، ولا يؤدي تلك الأحكام ، فيؤاخذ بسبب تركها ، وهذا الضرر إنما جاء من ناحية الفسخ بلا علم ، فيكون هذا ضررا منه لصاحبه ، فوجب أن لا يصح من غير علم صاحبه دفعا للضرر عن صاحبه ، ألا ترى أن من له خيار العيب إذا أراد

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتاه من ظ وم وف .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه العبارة من نسخة "ف" .

الرد قبل الفسخ، لا يصح من غير علم صاحبه، وهنا لا يصح دفعاً للضرر عن صاحبه؛ لأن بالرد يعود المبيع إلى ملك البائع، ويبقى على البائع أحكام يجب أداؤها، فربما كان لا يعلم به فلا يؤدي، فيؤاخذ بترك الأداء، فلم يصح من غير علمه دفعاً للضرر عنه، ولا يلزم على ما قلنا [في] الإجازة؛ لأنه لا ضرر على صاحبه في الإجازة من غير علمه، فلا يتوقف صحتها على علمه، ولأنه لازم في حقه قبل الإجازة، فما لزمه أمر جديد بالإجازة، ومن الفسخ بالفعل أن يتصرف البائع في مدة الخيار في المبيع تصرف الملاك، كما إذا أعتق أو دبر، أو كاتب؛ لأن هذه التصرفات مختصة بالملك، ولا يحتاج إليها إلا حدوثاً، فكان اختيار الملك دلالة، واختيار الملك يوجب فسخ البيع؛ ولأن بعد هذه التصرفات يتعذر عليه الإجازة؛ لأن الحر ليس بمحل لابتداء البيع، فلا يكون محلاً لإجازة البيع فيه.

والأصل في العقد الموقوف إذا حدث فيه ما يمنعه من الإجازة أنه ينفسخ العقد؛ لأنه مشروع للإجازة لا لعينه، وكذلك إذا باع من غيره؛ لأن البيع من التصرفات المختصة بالملك؛ ولأن البيع قد نفذ؛ لأنه لاقى ملك البائع، والعقد النافذ إذا طرأ على العقد الموقوف، أوجب انفساخه، وكذلك لو وهب وسلم، ينفسخ البيع؛ ولو وهب ولم يسلم، لا ينفسخ. وإذا رهن وسلم، ينفسخ البيع، وإذا آجر ذكر هذه المسألة في بعض المواضع، وقال: لا يكون فسخاً ما لم يسلم إلى المستأجر، وذكر في بعضها أنه يكون فسخاً، وإن لم يسلمه إلى المستأجر، وبه أخذ عامة المشايخ رحمهم الله تعالى، ثم تصح هذه التصرفات بغير محضر من المشتري بلا خلاف، وإن كان هذه التصرفات توجب فسخ البيع، والمشروط له الخيار لا يملك فسخ البيع حال غيبة صاحبه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأن الفسخ بهذه التصرفات يثبت حكماً لا قصداً، وقد يثبت الشيء حكماً لغيره، وإن كان لا يثبت قصداً، وقد روي عن محمد رحمه الله تعالى ما يدل على اشتراط حضرة صاحبه، ويستقصى ذلك لرواية بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

١٢٤١٢- وفي «المنتقى»: إذا باع عبداً على أن البائع فيه بالخيار، ثم إن البائع أخذ الثمن من المشتري، فذلك ليس بنقض للبيع، ولو أخذ بالألف من المشتري مائة دينار، وكان هذا إجازة للبيع، قال: لأنه عمد إلى الثمن بعينه، فباعه، ولو قبض منه الألف، ثم باعها منه، أو من غيره، لم يكن ذلك إجازة منه للبيع؛ لأن هذه الألف التي باعها قضاء من الألف التي على المشتري.

والحاصل في هذه المسائل أن الثمن إذا كان شيئاً يتعين بالتعيين، فإذا قبض البائع الثمن،

وتصرف فيه من بيع أو هبة ، فذلك إمضاء للبيع ؛ لأن تصرفه صادف عين المستحق بالعقد ، فكان تقريراً للملك فيه ، فيكون دليلا للإجازة ، وإن كان الثمن شيئاً لا يتعين بالتعيين ، كالدراهم ، فتصرف فيه بعد ما قبض مع المشتري ، أو مع غيره ، فذلك ليس بإمضاء للبيع ، وإن تصرف فيه قبل القبض مع المشتري ، بأن اشترى منه بالثمن ثوباً ، أو صارفه من الألف على مائة دينار ، فذلك إجازة للبيع ، والفرق أن التصرف قبل القبض أضيف إلى غير ما هو مستحق بالعقد ؛ لأنه لا حق للبائع في ذمة المشتري إلا ما هو ثمن ، وكان تصرفه تقريراً للملك فيه ، فيكون دليل الإجازة ، أما بعد القبض التصرف ما أضيف إلى ما هو مستحق بعينه ؛ لأن ما يدخل تحت القبض غير مستحق بالعقد .

وفي "القدوري" : لو اشترى البائع بالثمن شيئاً من غيره ، لم يصح الشراء ، ولزمه البيع .

١٢٤١٣ - وفيه أيضاً : رجل باع جارية بعبد رجل ، وشرط بائع الجارية الخيار لنفسه في الجارية ، ثم إنه وهب العبد الذي اشتراه بالجارية ، أو عرضه على بيع ، فهو إمضاء للبيع .

ولو كان باع الجارية بألف درهم على أنه بالخيار في الجارية ، وقبض الألف ، ثم وهبه ، أو أنفقه ، فهو على خياره ؛ لأن له أن يدفع غيره ، ولو لم يكن قبض الثمن من المشتري حتى اشترى منه بالألف شيئاً ، أو صارفه على مائة ، فهذا نقض لخياره ، وإمضاء لبيعه .

١٢٤١٤ - وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى : رجل باع عبدين من رجل على أن البائع فيهما بالخيار ، ثم إن البائع نقض البيع في أحدهما بعينه ، أو بغير عينه ، فنقضه باطل ، وكأنه لم يتكلم بشيء ، ولا يكون نقضه نقض البيع لجميعه ، ولا لشيء منه ، وله أن يجيز البيع كله بعد ذلك ، وكذلك لو باع عبداً واحداً على أنه بالخيار فيه ، ثم قال : قد نقضت البيع في نصفه ، كان ذلك باطلا ، وصار كأنه لم يتكلم بشيء ، وله أن يجيز البيع في الكل بعد ذلك .

١٢٤١٥ - في "المنتقى" : باع من آخر بيضة على أن البائع فيها بالخيار ، ثم خرج منها فرخ بغير صنع المشتري ، فليس للبائع أن يجيز ذلك على المشتري ، علل ، فقال : من قبل أنه قد تحول عن حاله ، وكذلك إذا باع كفرى على أنه بالخيار فيه ، فصار تمراً بعد القبض ، وهذا إشارة إلى أن هذا العقد لا يبطل ، وهكذا ذكر في "الزيادات" .

وذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في "واقعاته" : أنه يبطل ؛ لأنه لو بقي ، يبقى مع الخيار ، فيقدر البائع على الإجازة ، وإن أبى المشتري ، وهذا لا يجوز ؛ لأن المبيع صار شيئاً

آخر ، ولو لم يكن في البيع خيار البائع ، فالبيع باق ، والمشتري بالخيار إن شاء ، أخذ ، وإن شاء ، ترك ؛ لأنه لو بقي البيع ، لا يلزم المشتري إلا إذا شاء ، وهذا جائز بعد تغير المبيع .

١٢٤١٦ - وفي « نوادر عيسى بن أبان » عن محمد رحمه الله تعالى : رجل باع من رجل أرضًا بعبد على أن البائع بالخيار ، وتقابضا ، ثم تناقضا العقد ، فالأرض في يد المشتري مضمونة في يده بالقيمة ؛ لما يأتي بيانه بعد هذا - إن شاء الله تعالى - ويكون للمشتري الأرض أن يحبس الأرض من البائع إلى أن يرد العبد عليه ، وإن أذن بائع الأرض للمشتري في زراعتها ، خرج الأرض من الضمان ، وصارت عارية للبائع في يد المشتري ، وللبائع أن يأخذها متى شاء ، فإن كان المشتري زرع الأرض ، كان [١] للمشتري أن يمسكها بأجر المثل ، ويمنع البائع عنها إلى أن يستحصد الزرع ، وإن أراد المشتري بعدما زرعها أن يمنع الأرض من البائع حتى يسترد العبد ، ليس له ذلك ؛ لأنه حين زرعها بإذنه ، فكأنه سلمها إليه ، وإن أبى المشتري أن تكون الأرض في يده بأجر المثل إلى وقت إدراك الزرع ، وكره قلع الزرع أيضًا ، وأراد تضمين رب الأرض الزرع ، كان له ذلك ، إذا كان قد أذن له في زراعتها إلى أن يدرك الزرع إلا أن يرضى البائع أن يترك الزرع فيها ، حتى يستحصد بغير شيء .

وإن كان الخيار للبائع في عبد باعه ، فقال البائع للعبد : أنت حر ، إن دخلت الدار ، أو قال : إن دخلت الدار ، فأنت حر ، لم يكن هذا نقضًا للبيع ، وكذلك إذا قال للعبد : أنت حر ، أو هذا العبد الآخر ، ذكر المسألة في « المنتقى » .

١٢٤١٧ - وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : إذا باع عبدًا على أن البائع فيه بالخيار ثلاثة أيام ، ثم قال له : أنت حر ، أو هذا العبد ، لم يكن هذا نقضًا للعقد ، فإذا مضى أجل الخيار قبل أن ينقض البيع وجب البيع ، وعتق العبد الآخر .

١٢٤١٨ - وفي « المنتقى » أيضًا : إذا باع رحى على أن البائع فيه بالخيار ، فطحن به البائع ، فهو نقض للبيع ؛ لأنه لا يحتاج إلى الطحن للاختبار ، ويعرف ما يطحن يومًا ، فتعين أن يكون الطحن اختيارًا للملك ، وإذا كان الخيار للبائع ، فعرض المبيع على البيع ، ذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى ، أنه إن كان بمحضر من صاحبه ، ينفسخ البيع ، وإن كان بغير محضر من صاحبه ، لا ينفسخ البيع ، وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا : العرض على البيع من البائع ليس بفسخ على كل حال ، ورواية مال الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي رحمه الله تعالى ، وذكر شيخ الإسلام في « شرحه » : أن فيه روايتين .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين : ظ ، ف .

عيباً يرده منه.

١٢٤٢١ - قال هشام: سألت محمداً رحمه الله تعالى عن رجل باع داراً على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فتوارى المشتري في بيته، فأراد أن ينقض البيع في الثلاث، فيحتجب له المشتري، هل يؤخذ في هذا بالإعذار؟ قال: نعم، يبعث إليه من ينادي على بابه، وإلا أبطلت خياره، إلا أن يجيء في الثلاث. قلت: فإن لم يأت الخصم في الأيام، حتى كان آخر الأيام الثلاثة أتاك في وقت لا تستطيع أن تبعث إليه من قبلك الإعذار، فسألك أن تبطل الخيار عليه، قال: لا أفعل ذلك. قلت: فإن قال الخصم: إني قد أعذرت إليه، وأشهدت، فاختفى مني، فاشهد لي بذلك. قال: أقول: اشهدوا أن هذا قد زعم أنه قد أعذر إلى صاحبه في الأيام الثلاثة كان يأتيه عند كل يوم، فيعذر إليه، فيختفي منه، فإن كان الأمر كما قال، فقد أبطلت عليه الخيار، فإذا ظهر بعد ذلك، وأنكر، سألت المدعي البينة على الخيار، وعلى إعذاره كما كان ادعى.

وإن كان الخيار للبائع، فأبرأ البائع المشتري من الثمن، صح إبراؤه، وكان ذلك إمضاء للبيع؛ لأن التصرف إنما يكون من المالك، وملكية الثمن عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه موقوفة على إجازة العقد، فتضمن الإقدام على هذا التصرف إجازة للعقد، وسيأتي في مسألة الإبراء عن أبي يوسف رحمه الله تعالى بعد هذا، بخلاف ما ذكر ههنا، وكذلك لو اشترى منه بالثمن شيئاً، أو ساومه به صح، ويكون ذلك إمضاء للبيع.

ولو اشترى بالثمن شيئاً من غيره، لم يصح الشراء، ولو حدث بالمبيع عيب في يد البائع، والخيار له، فهو على خياره، ولو كان العيب حدث بفعل البائع، انتقض البيع، وهذا لأن ما يحدث بفعل البائع قبل القبض يكون مضموناً عليه، حتى سقطت حصته من الثمن، فلو بقي البائع على خياره، وتفرقت الصفقة على المشتري قبل التمام، وإنه لا يجوز. وأما ما انتقص لا بفعل البائع، لا يكون مضموناً عليه، ولهذا لو سقط أطراف المبيع قبل القبض، لا يسقط بحصته من الثمن شيء، فلو بقينا الخيار، لا يكون فيه تفريق الصفقة على المشتري قبل التمام، إلا أنه يخير المشتري، إذا لزم البائع العقد؛ لأنه إنما رضي ببيع سليم، وإنما تعيب قبل القبض، لانعدام الرضى، فكان له الخيار، كما لو سقط أطرافه قبل القبض.

١٢٤٢٢ - وروى أبو سليمان عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في الإملاء: فيمن اشترى من آخر جارية بألف درهم على أن للبائع بالخيار، ثم إن البائع وهب الثمن بعدما قبضه لرجل، ودفعه إليه، أو وهبه للمشتري، ورده إليه، ولم يكن قبضه، فأبرأ المشتري منه لم يكن ذلك فسخاً، ولا إمضاء للبيع، فإن أجاز البائع بعد ذلك، فالبيع جائز، والهبة جائزة.

ولو كان المشتري نقد الثمن للبائع، ثم وهبه من البائع، وقبل ذلك البائع، ثم أجاز البيع، ليس للبائع أن يأخذ المشتري بثمن آخر، والثمن الموهوب هو الثمن، وهبته باطلة؛ لأنه وهب للبائع ما ملكه البائع؛ لأن البائع مالك لهذا الثمن لا المشتري، وهذا بناء على ما قلنا: لأن الخيار إذا كان للبائع، فالثمن يزول عن ملك المشتري، ويدخل في ملك البائع عندهما.

بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: مسلم باع من مسلم عصيراً على أن البائع بالخيار، وقبضه المشتري، فصارت في يده خمراً، فقد انتقض البيع، ذكر المسألة في «المنتقى»، قال: وضمن العصير، وهكذا روي عن محمد رحمه الله تعالى.

قال الحاكم أبو الفضل: وقد قال في موضع آخر: البائع على خياره، فإن سكت حتى مضت الثلاث، لزم البيع المشتري، ثم على ما ذكر: شرط أن البيع ينتقض، ولو لم يتخاصما حتى صار خلاً، فاختار البائع إلزام البيع، فله ذلك، ولا يعتبر رضاء المشتري في المشهور من الرواية، وفي بعض الروايات يعتبر رضى المشتري، وإذا تبايع الذميان خمراً بشرط الخيار للبائع، فأسلم البائع بعد القبض، بطل البيع، هكذا ذكر القدوري في كتابه، وهكذا ذكر في موضع آخر من المنتقى بناء على أن خيار البائع تمنع زوال ملك البائع، فيبقى الخمر على ملكه في مدة الخيار، فلو لم يبطل العقد، انتقل الملك منه في الخمر بعد إسلامه، وإنه لا يجوز.

وذكر في موضع آخر من «المنتقى»: لو أسلم البائع بعد القبض، جاز البيع بمنزلة موته، ولو أسلم المشتري، لم يبطل البيع، هكذا ذكر في «القدوري».

وفي «المنتقى» في موضع آخر: لأن المسلم لا يحتاج إلى صنع فيه لإتمام العقد على الخمر إذا لم يكن الخيار مشروطاً له، فصار إسلامه في هذا البيع، وإسلامه في البيع البات إذا كان البيع مقبوضاً على السواء، وهناك لا يفسد العقد، فههنا كذلك.

وفي موضع آخر من «المنتقى»: أن البيع ينتقض بإسلام المشتري في هذه الصورة، بناء على ما قلنا: إن خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه، فلو بقي العقد ينتقل الملك في الخمر إلى المسلم، ولو أسلم أحدهما قبل قبض الخمر، بطل البيع.

١٢٤٢٣ - ولو باع صيداً على أن البائع فيه بالخيار، فقبضه المشتري، وأحرم المشتري، لم ينفسخ البيع، ولو أحرم البائع وقد دفعه إلى المشتري، أو لم يدفعه، ينفسخ البيع، وروى ابن سماعة في إحرام المشتري خلاف ما ذكرنا.

١٢٤٢٤ - ولو باع عبداً على أن البائع بالخيار[1]، وقبض المشتري، وقتل العبد عنده

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، أثبتناه من ظ، م، ب.

المشتري قتيلاً، ومات العبد، وضمن المشتري قيمته للبائع، أخذ أولياء الجناية القيمة من البائع، وكان للبائع أن يرجع على المشتري بمثلها، وهو بمنزلة الغصب.

١٢٤٢٥ - رجل باع عبداً على أن البائع فيه بالخيار، والعبد في يد البائع، فقال في الثلاث: قد فسخت البيع، ونقضته، ثم قال بعد ذلك: قد أجزت البيع، وقبل المشتري، فهذا جائز، وهذا استحسان، ولو جنى البائع على المبيع في هذه الصورة جناية، ونقضه، فقال المشتري: أنا آخذه، فليس له ذلك إلا أن يسلم البائع له؛ لأن جناية البائع عليه في الثلاث نقض للبيع.

ولو كان الخيار للبائع، والجارية عنده، فوطئت بشبهة، انتقض البيع من قبل المهر الذي وجب بالوطء، وإذا كان الخيار للبائع، وحلف بعتق المبيع أن لا يكلم فلاناً، فله أن يرده بالخيار ما لم يعتق بالحلف.

وروى أبو سليمان عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في الأمالي: إذا جنى المبيع في يد البائع جناية، والخيار له، فإن نقض البيع، دفعه البائع، أو فداه، وإن أمضى البيع، أو سكت حتى مضت المدة، وقبل المشتري، ورضي بعيب الجناية، دفعه المشتري أو فداه.

١٢٤٢٦ - وإذا اشترى ابنه على أن البائع بالخيار [تم ملك المشتري، فأجاز البائع البيع، لا يرث الابن أباه. اشترى عبداً على أن البائع بالخيار](١)، فأذن له في التجارة، لا يكون هذا فسخاً للبيع، إلا أن يلحقه دين، إلا في قول من يقول: فسخه بغير محضر من المشتري صح، ولو أمضاه بغير محضر بعد ما لحقه دين، لم يجز؛ لأن الغريم أحق به من المشتري.

وإذا كان الخيار للبائع، فقال المشتري للبائع: أعطيك مائة درهم على أن تنقض البيع، ففعل، فالمناقضة جائزة، وليس عليه شيء.

١٢٤٢٧ - وإذا باع عبداً بألف درهم على أن البائع فيه بالخيار ثلاثة أيام، فأعطاه المشتري بها مائة دينار، ثم إن البائع نقض البيع، فالصرف باطل، وكان عليه أن يرد الدينار.

١٢٤٢٨ - وإذا باع جارية على أن البائع فيها بالخيار، فتقابضا، أو لم يتقابضا، فوجد المشتري بالمبيع عيباً، فقال: قد رضيت به، أو لمسه، أو وطئه، أو عرضه على بيع، أو ما أشبه ذلك من المعاني التي تكون رضى بالعيب، ثم لم يبق في البيع خيار، فليس للمشتري أن يرده بذلك العيب، هذا هو الكلام في جانب البائع، وأما الكلام في جانب المشتري، فنقول: إذا كان الخيار للمشتري، ينفسخ هذا البيع بما ذكرنا من المعاني الثلاثة، وبمعنى آخر سوى هذا، وهو ...

(١) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخ التي عندنا جميعاً.

أن يتصرف المشتري في المبيع تصرف الملاك ، والأصل فيه أن كل فعل باشره المشتري في المشترى بشرط الخيار له فعلاً يحتاج إليه للامتحان ، ويحل في غير الملك بحال ، فالاشتغال به أول مرة لا يكون دليل الاختيار ، حتى لا يسقط خياره ، وكل فعل لا يحتاج إليه للامتحان ، أو يحتاج إليه للامتحان ، إلا أنه لا يحل في غير الملك بحال ، فإنه يكون دليل الاختيار ، وهذا لأنه متى فعل فعلاً يحتاج إليه للامتحان ، ويحل في غير الملك بحال متى جعل دليل الاختيار ويسقط خياره به أول مرة ، لا يفيد الخيار فائدة ؛ لأن فائدة شرط الخيار إمكان الرد متى لم يوافقه بعد الامتحان ، فمتى لزمه البيع بفعل الامتحان أول مرة ، لا يمكنه الرد متى لم يوافقه ، فتفوت فائدة شرط الخيار حينئذ ، ومتى فعل فعلاً لا يحتاج إليه للامتحان ، ولو جعل دليل الاختيار ، وسقط به الخيار ، لا يؤدي إلى أن تفوت فائدة الخيار ، فيسقط به الخيار ، لهذا إذا ثبت هذا ، فنقول : إذا اشترى جارية على أنه بالخيار ، فاستخدمها مرة ، لا يبطل خياره ؛ لأن الاستخدام يحتاج إليه للامتحان ؛ لأن الجارية تشترى للخدمة ، والخدمة لا تصير معلومة للمشتري من غير امتحان ، فكان الاستخدام محتاجاً إليه للامتحان ، وإنه يحل بدون الملك في الجملة ، فلم يكن الاشتغال به ، وإنه بنفس مرة دليل الاختيار ، فبقي على خياره ، بخلاف ما لو وطئها ، حيث يبطل خياره ، وإن كان الوطء محتاجاً إليه للامتحان ؛ لأنها تشترى للوطء ، ولا يعلم كونها صالحة للوطء بالنظر إليها ، إنما كان كذلك لأن الوطء تصرف لا يحل بدون الملك بحال ، فكان الإقدام عليه اختياراً للملك حتى لا يقع وطؤه في غير الملك ، ولا كذلك الاستخدام ؛ لأنه يحل في غير الملك .

هذا إذا كان الاستخدام يسيراً ، فأما إذا كان كثيراً يخرج عن حد الامتحان ، والاختيار يكون اختياراً للملك ، وإن استخدمها مرة أخرى ، فإن كان في النوع الذي استخدمها في المرة الأولى ، كان اختياراً للملك ؛ لأن المرة الأخرى في ذلك النوع غير محتاج إليه للامتحان ؛ لأن الامتحان حصل بالمرة الأولى ، وإن كان في نوع آخر ، لا يكون اختياراً للملك ؛ لأن الخدمة أنواع ، فكان الثاني من نوع آخر محتاجاً إليه للامتحان أيضاً ، والإكراه على الاستخدام في المرة الأولى اختيار للملك ، فسر محمد رحمه الله تعالى الاستخدام في كتاب الإجارات ، فقال : بأن يأمرها بحمل المتاع على السطح ، أو بإنزاله من السطح ، أو بتقديم النعل بين يديه ، أو بأن تغمز رجله بعد أن لا يكون عن شهوة ، أو بأن تطبخ ، أو تخبز بعد أن يكون ذلك يسيراً ، وإن أمرها بالطبخ والخبز فوق العادة فذلك رضى .

١٢٤٢٩ - ولو اشترى دابة على أنه بالخيار ، فركبها لينظر إلى سيرها ، لا يسقط خياره ،

ولو ركبها مرة أخرى يسقط خياره ؛ لأن الركوب مرة أخرى غير محتاج إليه للامتحان، بخلاف الركوب في المرة الأولى.

ولو سافر عليها ، يسقط خياره ؛ لأن السفر عليها غير محتاج إليه للامتحان ، وكذلك إذا ركبها لحاجة ، سقط خياره ، وكذلك لو حمل عليها شيئاً ، وكذلك لو حمل عليها علفاً لها ، هكذا روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ، وعن محمد : أنه إذا حمل علف لها عليها ، لا يسقط خياره.

ولو كان له دواب ، فحمل علف جميع الدواب عليها ، فذلك رضى ، ولو ركبها ليردها ، أو ليسقيها ، أو ليعلفها ، لا يكون رضاه به ، ولا يسقط خياره استحساناً ، كذا ذكر في "الأصل".

بعض مشايخنا قالوا : هذا إذا لم يمكنه الرد والسقي والإعلاف إلا بالركوب ، بأن كان لا يمكنه ضبطها إلا بالركوب ، ويدل على هذا التأويل ما ذكر في "السير الكبير" في فصل العيب : أن جوالق العلف إذا كان واحداً ، فركبها مع الجوالق ، لا يكون رضاء بالعيب ؛ لأنه لا يمكنه حمل الجوالق الواحد إلا بالركوب ، ولو كان جوالقين ، فركب يكون رضاء ؛ لأنه يمكن حملهما بدون الركوب.

ومن مشايخنا من يقول : الركوب إذا كان لأجل الرد ، لا يسقط الخيار ، وإن أمكنه الرد بدون الركوب ، بخلاف الركوب للسقي والإعلاف ، والقاضي ركن الإسلام علي السغدي والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي على أن الركوب للسقي والإعلاف لا يكون رضاء ؛ لما ذكر في "الأصل" ؛ لأن الركوب للسقي ، وحمل العلف من أمر الرد ؛ لأنه لو لم يسقها ، ولم يعلفها تهلك ، أو تنتقص ، فلا يمكنه الرد ، ربما يكون الدابة جموحاً لا يمكن ضبطها إلا بالركوب ، فكان الركوب من أسباب الرد ، فلا يمنع الرد ، ولو قص حوافر الدابة ، أو أخذ من عرفها ، فليس برضاه ، ولو ودجها أو بزغها ، فهو رضاه ؛ لأنه نقص.

وإتلاف جزء منها فيعتبر بإتلاف سائر الأجزاء [هكذا ذكر في القدوري ، وسيأتي بعد هذا عن أبي يوسف مسألة الودج ، بخلاف ما ذكره القدوري](١) ، ولو كانت شاة ، فجز صوفها.

ذكر في "المنتقى" : أنه يسقط خياره ، ولو كانت شاة فحلبها ، وشرب لبنها ، فهو رضاه ، هكذا ذكر في القدوري ؛ لأن اللبن زيادة منفصلة عنها ، والزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة م .

عندنا، فكذلك بخيار الشرط.

١٢٤٣٠ - وفي صلح الفتاوى: رواية عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله: لو اشترى شاة، أو بقرة على أنه بالخيار، فحلب لبنها، فقد انقطع خياره، وذكر العتابي قول محمد في هذا كقول أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف: هو على خياره حتى يشرب لبنها، أو يستهلكه، ولو حجم الغلام، أو سقاه دواء، أو حلق رأسه، فهو رضاء.

وعن أبي يوسف: في توديج الدابة وحجامة الغلام أنه لا يسقط خيار المشتري، وفي المنتقى: والأخذ من الشعر ليس برضاء.

١٢٤٣١ - وعن محمد: إذا أمر الغلام بحلق رأسه يعني رأس الغلام، فهو ليس برضا إلا أن يريد به الدواء، وكذا الطلاء بالنورة إلا أن يريد به الدواء، وكذا غسل الرأس واللحية.

١٢٤٣٢ - وفي المنتقى: إذا احتجم الخادم بأمر المشتري، فهو رضا، وفي موضع آخر منه إذا رأى المشتري الغلام يحجم الناس بأجر، فسكت، فهو رضا، وإن كان يحجم بغير أجر، فهو ليس برضى، هذا بمنزلة الخدمة.

ألا ترى أن المشتري إذا قال له: احجمني، لا يكون رضا، ولو كان الخيار للبائع، فحجم الغلام بإذن المشتري، فهذا البيع ينتقض إذا كان بغيبة المشتري

١٢٤٣٣ - قال في المنتقى أيضًا: وأمر الخادم ليحمل شيئًا، ليس برضا، هذا من الخدمة، ولو أمر الجارية تمتشط، أو تطحن، أو تلبس، فهو ليس برضا أيضًا، وكذا إذا علق عتقها بشرط، لا يسقط خياره؛ لأنه يعتق بحكم اليمين.

ولو اشترى أرضًا فيها حرث، اشترى الأرض مع الحرث، فسقى الحرث، أو حصده، أو حصد منه شيئًا، سقط خياره؛ لأن السقي للاستنماء، وأنه دلالة الاختيار، والقطع ينقص المعقود عليه، وذلك مانع من الرد، فيسقط خياره ضرورة

ولو سقى من نهرها دوابه، أو شرب منه، لا يسقط خياره؛ لأنه مباح بدون الملك، فلا يكون فعله دليلًا على تقرير الملك.

ولو سقى من نهرها أرضًا أخرى، فهو رضا، بخلاف ما إذا سقى أجنبي بغير علمه، فإن هناك لا يسقط خياره، ولو رعت ماشية المشتري الكلأ، سقط خياره، بخلاف ماشية الناس، ولو كرى النهر، ونقى البئر، يسقط الخيار

ولو انهدم التنور، فبناه، لم يسقط خياره، ولو رفع فيها تنورًا، أو جصصه، سقط خياره،

وروي عن المعلى، إذا نزح عشرون دلوًا أنه على خيار، وإذا سقى من البئر زرعه، أو دوابه، فهو على ما ذكر في الأصل، وإذا باع المشتري ففي أنه بالخيار.

ذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي في شرحه في باب من الخيار: قيل: لا يبطل خياره.

وذكر شيخ الإسلام في شرحه: أنه يبطل، وهو الصحيح؛ لأن البيع بالثلاثة أو بشرط الخيار من التصرفات المختصة بالملك، وأنه غير محتاج إليه للاختبار، فيصير به مختارًا للملك.

ولو عرض المشتري ليقوم، لا يبطل خياره، ولو عرضه ليباع، يبطل خياره؛ لأن العرض على جهة البيع من التصرفات المختصة بالملك؛ فإنه لا يعرض على البيع إلا المالك، أو نائبه، وأنه غير محتاج إليه للاختبار، فيصير به مختارًا، كما في البيع.

١٢٤٣٤ - ولو اشترى ثوبًا، ولبسه لينظر إلى مقداره، لا يسقط خياره، فإن لبسه ثانيًا، يسقط خياره؛ لأن اللبس ثانيًا غير محتاج إليه للاختبار، بخلاف اللبس أول مرة، فإن طال اللبس الأول، سقط خياره أيضًا، وإن لبسه ليستدفئ به، بطل خياره، ولو اشترى رحاءً، فطحن به المشتري ليعرف مقدار طحنها، لا يبطل خياره؛ لأن الطحن محتاج إليه للامتحان والاختبار، ولم يذكر محمد في شيء من الكتب مقدار ذلك.

وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني: أنه إذا طحن بها زيادة على يوم وليلة يبطل خياره، وإن كان دون ذلك، لا يبطل خياره.

وفي "المنتقى": الطحن بالرحى لا يسقط خيار المشتري إلا أن يطول، أو ينقصها، وذكر الخصاف: أن الطحن يومًا ونحوه لا يسقط خياره، حتى يجربه، ثم يزيد بعد ما يبين له طحنه على قلة الماء وكثرته.

وإذا كان المشتري بشرط الخيار للمشتري دارًا، فسكنها المشتري، سقط خياره، هكذا ذكر المسألة في كتاب البيوع.

١٢٤٣٥ - وفي "القدوري": إذا سكن المشتري الدار، أو أسكنها رجلا بأجر، أو بغير أجر، أو رم فيها شيئًا، أو أحدث فيها بناء، أو جصصها، أو طينها، أو هدم منها شيئًا، فهو إمضاء للبيع.

وذكر في كتاب القسمة: أن خيار الشرط في القسمة لا يبطل بالسكنى بعد القسمة إلا أن في كتاب القسمة وضع المسألة فيما إذا دام على السكنى، وفي كتاب البيوع: ذكر السكنى

مطلقًا، والقدوري ذكر السكنى مطلقًا أيضًا، فمن مشايخنا من قال: ما ذكر في كتاب البيوع محمول على ابتداء السكنى.

أما لو دام على السكنى بأن كان المشتري ساكنا في الدار قبل الشراء بإجارة، أو إعارة، لا يسقط خياره، كما في القسمة، ومنهم من قال: خيار الشرط في البيع يسقط بالسكنى في الحالين، كما أطلق محمد في كتاب البيوع.

وفي القسمة لا يسقط خيار الشرط في الحالين غير أن محمدًا وضع المسألة في القسمة في الدوام على السكنى الدائم.

وإن كان في الدار ساكن بأجر، فباعها البائع برضاه، وشرط الخيار للمشتري، فترك المشتري الأجر من الساكن، فترك المشتري، وإن تأدى الإعلام، فقد سقط خياره؛ لأنه أخذ عوض المنافع، وإنما يجب عوض المنافع لمن كان ملك المنافع له، والمنافع إنما تملك بملك الأصل، فكان أخذ العوض دليلا على تقرير الأصل.

١٢٤٣٦ - وسئل أبو بكر عمن اشترى كتابا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم إنه انتسخ منه لنفسه، لا يبطل خياره كالنساج إذا نظر في نفس الديباج، لا يبطل خياره.

ألا ترى أن من انتسخ من كتاب المبسوط، ولم يرض صاحبه لا يصير غاصبًا، وإن قلب أوراقه، قيل له: لو درس منه، ولم يكتب، قال: يبطل خياره؛ لأن شراء الكتاب للقراءة يكون للانتساخ.

وكذلك لو انتسخ لغيره، لا يبطل بعد، قال الفقيه: ولو قيل: يبطل الخيار بالانتساخ دون القراءة، كان له وجه؛ لأن في القراءة امتحانا لينظر إلى صحته، فصار كاستخدام العبد، وفي الكتابة استعمال.

١٢٤٣٧ - قال الفقيه: وبه نأخذ، وإذا بيعت الدار بجنب الدار المشتراة بشرط الخيار للمشتري، فأخذها المشتري بالشفعة، فقد سقط خياره، وإذا كان الخيار للمشتري، فأبرأه البائع عن الثمن، لم يصح الإبراء في قول أبي يوسف، وروي عن محمد: أنه إذا أجاز البيع، ينفذ الإبراء.

فوجه قول أبي يوسف: إن هذا إبراء عن دين غير واجب، فلا يصح كما قبل العقد، ووجه قول محمد: إن المشتري للبائع إن أردتها اليوم، فقد رضيتها، فهذا القول باطل.

وله أن يردها بخيار الشرط، وكذلك إذا قال: إن لم أفعل كذا، فقد أبطلت خياري، ولو لم يقل: هكذا، ولكن قال: أبطلت خياري غدا، أو قال: إذا جاء غدا، فقد أبطلت

خياري[1]، فهذا جائز، وقال: لأن هذا وقت كائن لا محالة.

١٢٤٣٨ - ولو قال بعدما اشترى، وشرط الخيار لنفسه شهراً: إن لم آتك بالثمن فيما بيني وبين ثلاث، فلا بيع بيني وبينك، فهو على ما قال، كأنه ذكر ذلك في أصل العقد.

وكذلك إذا قال: إن لم أنقد الثمن إلى ثلاث، فقد نقضت البيع فيه.

١٢٤٣٩ - وفي نوادر هشام: قلت لمحمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى قرية، وفيها قناة غزيرة [الماء يجري ما][2] اشتراها وقت يشترط أنه بالخيار كيف يصنع بماء القناة؟ قال: يدعه حتى يذهب، قلت: إن لم يصرفه الماء يفسد، قال: يوكل البائع حتى يصرفه.

١٢٤٤٠ - وإذا كان الخيار للمشتري، فولدت الجارية، أو أثمرت النخلة، أو باضت الدجاجة، فقد سقط خياره؛ لأن فائدة الخيار الرد، وقد تعذر الرد؛ لأنه لا وجه إلى رد الأصل بدون الزيادة؛ لأن الزيادة تبقى حينئذ في يده بلا ثمن، فلا وجه إلى رد الأصل مع الزيادة؛ لأن العقد لم يرد عليها، فكيف يرد الفسخ عليها، وفي "المنتقى": ولا يسقط الخيار بالولد الميت والبيضة الفاسدة.

وفي "المنتقى": إذا ولدت في يد المشتري ولداً ميتاً، إن لم تنقصها الولادة، فهو على خياره، وإن كانت الزيادة في ذات المبيع، كالسمن، وما أشبه ذلك، سقط الخيار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى.

وفي قول محمد: لا يسقط، ولو كان المشتري شرط الخيار جارية فلمسها المشتري، أو قبلها بشهوة، سقط خياره، بخلاف ما إذا مسها بغير شهوة؛ لأن المس بشهوة تصرف يختص بالملك، بخلاف المس بغير شهوة؛ ولأن المس بشهوة [جماع][3] حكماً، حتى تثبت به حرمة المصاهرة، فيعتبر بالجماع حقيقة، وبالجماع حقيقة يسقط الخيار، فكذا بالجماع حكماً، فأما المس بغير شهوة ليس بجماع حكماً، وأنه فعل يحتاج إليه للامتحان، فلا يسقط الخيار، والنظر إلى فرجها بشهوة نظير المس بشهوة؛ لأنه جماع حكماً، حتى تثبت به حرمة المصاهرة، بخلاف النظر إلى ما سوى الفرج من أعضائها بشهوة؛ لأنه ليس بجماع أصلاً.

وإذا دعاها إلى فراشه، لا يبطل خياره، هكذا ذكر في فتاوى أبي الليث رحمه الله.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، [illegible] ط [illegible].

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، ولم نثبت هذه العبارة من النسخة م.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ط، م، ود.

تعالى؛ لأنه إنما دعاها للاختبار ليعلم أنها تعجبه، أو لا تعجبه، وإذا كانت الجارية قد نظرت إلى فرج المشتري بشهوة، أو لمسته بشهوة، أو قبلته بشهوة، وأقر المشتري أنها فعلت بشهوة، أجمعوا على أنه إذا كان بتمكين المشتري، بأن علم المشتري بذلك منها، فتركها حتى فعلت، أنه يسقط خياره؛ لأن فعل الجارية بتمكين المشتري بمنزلة فعل المشتري بنفسه، ولو أن المشتري فعل ذلك بنفسه، يسقط خياره، فكذا هذا، وبهذا الطريق قلنا: بأن المرأة إذا فعلت مثل هذا بالزوج بتمكين الزوج، أنه يصير راجعًا، كذا هنا، فأما إذا فعلت ذلك لا بتمكين من [المشتري، على قول أبي يوسف: يسقط خياره، وعلى قول محمد: لا يسقط خياره، وإن وجدت المشتري نائمًا][1]، فأدخلت ذكره فرجها، يسقط خياره بالإجماع.

١٢٤٤١ - ولو نظرت المعتدة طلاقًا رجعيًا إلى فرج زوجها بشهوة، أو لمسته بشهوة، اختلست ذلك اختلاسًا، تثبت الرجعة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، ولا تثبت في قول محمد، إلا أن تحصل المجامعة بفعلها، بأن أدخلت فرجه فرجها، ذكر المسألة على هذا الوجه بشر بن الوليد في "نوادره".

وروى ابن سماعة رحمه الله تعالى في "نوادره": في مسألة الرجعة روايتين عن محمد، وفي سقوط الخيار بنظر المرأة إلى فرج المشتري بشهوة رواية واحدة عن محمد: أنه لا يسقط، وجه قول محمد رحمه الله تعالى: إن الخيار حق المشتري، فلا يسقط إلا بإسقاطه: إما نصًا، أو دلالة، ولم يوجد منه الإسقاط نصًا، وهذا ظاهر، ولا دلالة؛ لأن دليل الإسقاط وجود صنع من جهته: إما من حيث الحقيقة، أو من حيث الاعتبار [ولم يوجد من المشتري صنع، لا من حيث الحقيقة، وإنه ظاهر، ولا من حيث الاعتبار][2] لأن فعل المس يضاف إلى الماس، لا إلى الممسوس؛ لأن الممسوس محل فعل المس، والفعل يضاف إلى الفاعل، لا إلى المحل، ثم إن محمدًا رحمه الله تعالى يحتاج إلى الفرق بين مسألة الرجعة [وبين مسألة الخيار على إحدى روايتي ابن سماعة، والفرق من وجهين: أحدهما: أن الرجعة][3] يشترك فيه الزوجان، لكل واحد منهما فيها حق، فيجوز أن يجعل فعل أحد الشريكين كفعل صاحبه، والدليل على أن

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ، م، وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ، م، وف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ، م، وف.

للمرأة في الرجعة حقًا، كما للرجل، قال الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾[1]، فلو لا أن للمرأة حقًا في ذلك، وإلا لم يكن لقوله أحق معنى وفائدة؛ لأن أفعل إنما يستعمل بين شخصين في شيء يشتركان فيه، كما يقال: فلان أحسن من فلان وأفقه من فلان، وأجمل من فلان، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «الأيم أحق بنفسها من وليها»[2] اقتضى أن يكون للولي حق في نفسها، إلا أن حق المرأة أكثر، فكذلك هذا.

وإذا ثبت أن لها حقًا في الرجعة، أمكن أن يجعل فعلها في إثبات المراجعة، كفعل الزوج، فأما لا حق للأمة في خيار المشتري، ولا يمكن أن يجعل فعلها كفعل المشتري في حق إسقاط خياره.

والفرق الثاني: أن المرأة في باب النكاح عاقدة من وجه، ومعقود عليها من وجه، فوفرنا على الشبهين حظهما، فقلنا: لكونها عاقدة من وجه تثبت الرجعة من جهتها من حيث الحكم، ولكونها معقودًا عليها من وجه، لا تثبت الرجعة من جهتها قصدًا توفيرًا على الشبهين حظهما، فأما الأمة في باب الشراء معقود عليها من كل وجه، وليست بعاقدة، فلم يسقط خيار المشتري من جهتها، لا من حيث الحكم بالنظر إلى فرج المشتري بشهوة، ولا من حيث القصد بصريح الاختيار، وأما أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى ذهبا[3] في ذلك إلى أنه وجد منها ما هو جماع حكمًا، فيعتبر بما لو وجد منها ما هو جماع حقيقة، دليله جانب الزوج، فإن في جانب الزوج اعتبر الجماع الحكمي بالحقيقي، فكذا في جانبها، ولو وجد منها ما هو جماع حقيقة، سقط خيار المشتري، فكذا في جانبها ما هو جماع حكمًا، وإنما قلنا: ما وجد منها ما هو جماع حكمًا؛ لأن هذا الفعل من جانبها حرمة المصاهرة، كما لو وجد منها الجماع حقيقة.

وأما قول محمد رحمه الله تعالى: لم يوجد من له الخيار صنع، قلنا: وجد الصنع من حيث الاعتبار؛ لما ذكرنا أنه وجد منها جماع حكمًا، والفعل في الجماع الحقيقي مضاف إلى الزوج من حيث الحقيقة، فكذا فيما هو جماع حكمًا يكون الفعل مضافًا إليه حكمًا، فقد وجد منه فعل حكمًا.

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٢٨.

(٢) أخرجه مسلم في "صحيحه" (١٤٢٦)، وكذلك ابن حبان في "صحيحه" (٤٠٨٤)، وفي "المسند المستخرج على صحيح الإمام مسلم (٣٣٠٨-٣٣٠٩)": باب الثيب أحق بنفسه، وأخرجه أبو عوانة في "مسنده" (٤٢٤٩)، والإمام الترمذي في "سننه" (١١٠٨): باب ما جاء في استئمار البكر والثيب.

(٣) وفي النسخة "م": رويا.

١٢٤٤٢ - وفي "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من آخر عبدًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فمرض العبد في الثلاث، فنقض المشتري العقد، ورد العبد، وأبى البائع أن يقبله، فإن مضى الثلث والعبد مريض على حاله، لزم المشتري، وإن صح قبل مضي الثلاث، ثم مضت الثلاث قبل أن يرده، فله أن يرد بالرد الذي كان منه في الثلاث.

وإذا كان الخيار للمشتري، والسلعة مقبوضة، فحدث بها عيب لا يرتفع، لزم العقد، وبطل الخيار، سواء كان بفعل البائع، أو بغير فعله، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وقال محمد: لا يلزم بجناية البائع؛ لأن فيه تسليط البائع على إلزام العقد، وبه تفوت فائدة الخيار للمشتري؛ لأن فائدة الخيار للمشتري أن يتمكن المشتري من الفسخ، شاء البائع أو أبى، رضي أم سخط، ولهما أن العقد قد لزم في القدر الذي تلف بالعيب في ضمان المشتري، ويقرر عليه حصته من الثمن، فلو جوز رد الباقي، كان في ذلك تفريقًا للصفقة على البائع قبل التمام في حق الرد، وذلك لا يجوز، وإذا تعذر الرد لهذا المعنى، لزم العقد ضرورة بهذا الطريق، لزم العقد في فعل الأجنبي، إلا أن يكون الأجنبي مسلطًا على إلزام العقد، وإذا لزم العقد عندهما، رجع المشتري على البائع بالأرش؛ لأن البيع قد تم بأول جزء من النقض، فصار البائع جانيًا على ملك المشتري في يد المشتري، فضمن الأرش.

١٢٤٤٣ - وفي "نوادر هشام": قال: قلت لمحمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من رجل شيئًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فجاء إلى باب البائع في الثلاث ليرده، فاختفى منه البائع، فأشهد المشتري ناسًا أنه قد رد البيع بخياره، ثم ظهر البائع بعد الثلاث، فأخبرني أن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه قال: رده باطل، إلا أن يجتمعا جميعًا، قال هشام: وهو قول محمد رحمه الله تعالى، وهي المسألة المعروفة أن المشروط له الخيار في البيع لا يملك الفسخ إلا بحضرة صاحبه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، ومعناه: إلا بعلمه، وتأويل ما ذكره هشام إن لم يعلم البائع بفسخ المشتري، قال هشام: قلت لمحمد رحمه الله تعالى: كيف يصنع المشتري؟ قال: إن أراد أن يستوثق، ينبغي له أن يقول للبائع: يقيم له كفيلًا عن يحب المشتري ويرضاه، إن رد البائع ونقضه بخياره، فرده يكون عليه جائزًا.

ولو اشتراه على أن البائع إن غاب غيبة، ففسخه عليه جائز، فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأن هذا شرط فاسد عندهما؛ لأنهما لا يريان الفسخ عند غيبة الآخر.

١٢٤٤٤ - وفي "المنتقى": إذا اشترى عبدًا على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام، فلا

بيع بينهما، ثم إن المشتري قطع يد العبد، أو قطعها أجنبي في الثلاث. قال: إذا قطعها المشتري في الثلاث، فللبائع بالخيار، إن شاء أخذ العبد مقطوع اليد، ولا شيء له غير ذلك، وإن قطعها أجنبي في الثلاث، فقد وجب البيع للمشتري؛ لأنه وجب له أرش.

١٢٤٤٥- رجل اشترى من آخر سمكًا طريًا، أو عصيرًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا يجبر المشتري على قبضه، ويكون في يد البائع، حتى يجيز المشتري البيع، أو يفسخه.

١٢٤٤٦- وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في رجل اشترى عبدًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فقبضه، فوهب لعبد مال، أو اكتسب، ثم استهلكه العبد بعلم المشتري بغير إذنه، أو بغير علمه، لم يبطل خيار المشتري، ولو وهب للعبد ابن المشتري، وقبضه العبد[1]، عتق الابن، ولا يبطل خيار المشتري في العبد.

ولو وهب للعبد أم ولد المشتري، وقبضها العبد، بطل خيار المشتري في العبد؛ لأنه ملك معه شيئًا لا يستطيع ردها، وهي أم الولد. قال: ولا يشبه الولد أم الولد؛ لأنه مستهلك بمنزلة ما استهلك العبد من المتاع.

ولو أن المشتري استهلك المتاع الموهوب من العبد، بطل خياره في العبد، وهكذا روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى هذه المسألة إلا فصل استهلاك العبد الموهوب، فإنه لم يروه عن محمد.

١٢٤٤٧- وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: اشترى عبدًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم قال المشتري: شئت أخذه، أو قال: رضيت أخذه، أو قال: أجزت شراءه، لزمه ذلك، ولو قال المشتري: هويت أخذه، أو أحببت، أو أردت، أو قال: أعجبني ذلك، أو قال: وافقني، لم يلزمه.

١٢٤٤٨- وفي «نوادر بشر بن الوليد» عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى من آخر عبدًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فقال البائع للمشتري: أعطيك مائة على أن يبطل البيع، ففعل، قال: قد انفسخ البيع، وليس على البائع شيء، وإذا اشترى من آخر عبدًا بألف درهم على أن المشتري بالخيار، فأعطاه بها مائة دينار، ثم إن المشتري رد البيع، فالصرف جائز عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، ويرد الدراهم، وعلى قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه

(١) هكذا في النسخة «ب»، وفي النسخة «ف»: «وقبض العبد الابن عتق الابن»، وكان في الأصل والنسخة «ظ»: «وقبض الابن عتق الابن».

أصابه، وإن بدأ المشتري، فقد فسخ العقد، ثم إن البائع أجاز البيع، ثم هلك العبد، فعلى المشتري قيمته، وكذلك لو أصابه عيب، نقصه بعد هذه المقالة، فالبيع منتقض، يرد البيع، ويرد نقصان العيب.

ولو أصابه العيب قبل أن يفسخ المشتري البيع، ثم فسخه المشتري، ثم أجازه البائع، فالبيع لازم للمشتري، وعليه الثمن من قبل أن العيب الذي حدث به عند المشتري بمنزلة إجازة البيع، فإذا أجازه البائع بعد ذلك، فقد تم البيع، فلزمه الثمن، وإذا كان الخيار للبائع، أو للمشتري، فتناقضا العقد، ثم هلك المبيع في يد المشتري قبل الرد على البائع، يبطل حكم ذلك الفسخ، ويعود حكم البيع، ويجعل كأن الهلاك كان قبل الفسخ.

نوع آخر

في الاختلاف الواقع في عقد البيع على الخيار:

١٢٤٥٢- هشام قال: سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى، قال: قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه. رجل ادعى أنه باع هذا العبد من هذا أمس بألف درهم على أني بالخيار، وجحد المشتري الخيار، فالقول قول البائع، وهو المدعي للخيار، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: القول قول المشتري، وكذلك إن كان المشتري هو الذي ادعى الشراء بشرط الخيار، وجحد البائع الخيار، فالقول قول المشتري، وهو المدعي للخيار عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، عند أبي يوسف: القول قول البائع، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى رواية أخرى: أن القول قول من يدعي[1].

وفي "البقالي": عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن القول قول من ينفي الخيار، وفيه أيضاً القول قول من يدعي الخيار عند محمد رحمه الله تعالى، قال البقالي: وأطلق في الأصل أن القول قول من ينفيه، وكذا في "المجرد".

وقال أبو يوسف: إذا ادعى أحدهما الخيار لبيع قد مضى، لم أصدقه إلا ببينة، وإن ادعى أحدهما الخيار لبيع ابتاعه من ساعته، ووصل دعواه بالخيار، فإني أقبل ذلك من أيهما ادعاه، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى فيمن قال لامرأته: طلقتك أمس إن شئت، وقالت المرأة: طلقتني البتة، فالقول قول الزوج.

ولو قال: بعتك أمس إن شئت، وقال المشتري اشتريته البتة، فالقول قول المشتري، وإنما

---

(١) وكان في الأصل والنسخة ظ: ينفي بدلاً من يدعي.

هو بينة مثبتًا من كل وجه أيضًا، فلا يترجح بينة خصمه، بل [يطلب][1] الترجيح في نفس البينة، فما كانت أكثر إثباتًا فهو أولى.

إذا ثبت هذا، فنقول: لما قامت البينة على الموت في الثلاث، بطل الظاهر الذي كان يشهد لمن يدعي الحياة بعد الثلاث من كل وجه، وهو ظاهر الحياة، وظاهر العقد وانقضاء المدة، فإن انقضاء المدة لا يؤثر في اللزوم مع الموت في المدة، فإذا بطل الظاهر كله بمعنى الإثبات، وبينة من يدعي الحياة بعد مضي المدة أكثر إثباتًا؛ لأنها تثبت لزوم العقد، وانتقال المبيع من ملك البائع إلى ملك المشتري، والانتقال من ضمان القيمة إلى ضمان الثمن أيضًا، وبينة صاحبه تنفي ذلك كله، فكانت بينة من يدعي الحياة أولى.

وإن تصادقا بعد الثلاث أن العبد مات، واختلفا في وقته، فقال أحدهما: مات في الثلاث، وقال الآخر: مات بعد الثلاث، فالقول قول من يدعي الموت في الثلاث؛ لأن مدعي الموت في الثلاث مدعي نقض البيع، وموت العبد سبب لنقض البيع في البيع بشرط الخيار للبائع، إلا إذا علم موته بعد الثلاث ولم يثبت، وكان الظاهر شاهدًا لمدعي الموت في الثلاث من هذا الوجه، ولأن مدعي الموت في الثلاث يدعي ضمان القيمة، وقد عرف ثبوته، ويدعي هلاك العبد على ملك البائع، وعرف كونه ملك البائع أيضًا، فكان الظاهر شاهدًا له من هذه الوجوه، فأكثر ما في الباب أن الظاهر شاهد لمدعي الموت بعد الثلاث من حيث إنه يدعي بقاءه حيًا إلى ما بعد [الثلاث، وقد عرف كونه حيًا، ويدعي حدوث الموت لأقرب الأوقات، ويدعي بقاء العقد إلى ما بعد الثلاث][2] فيتعارض الظواهر. لكن الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق، ومدعي النقض يدعي حدوث ملك المشتري، وحدوث ضمان الثمن، ومدعي الجواز يدعي حدوث ملك المشتري، وضمان الثمن، فلهذا كان القول قول من يدعي الموت في الثلاث، فإن أقاما البينة، فالبينة بينة من يدعي الموت بعد الثلاث؛ لأنه تثبت بينته لزوم العقد، وحدوث ملك المشتري، والنقل من ضمان القيمة إلى ضمان الثمن، وكل ذلك غير ثابت قبل البينة، وبينة من يدعي الموت [في الثلاث تنفي هذه الأشياء، فكانت بينة من يدعي الموت بعد][3] الثلاث أولى.

(١) هكذا في النسختين: "ف" و"ظ"، وكان في الأصل والنسخة "م": "يبطل".

(٢) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبته من "ظ" و"م" و"ف".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

ولو تصادقا أن العبد مات بعد الثلاث في يد المشتري، فأقام أحدهما البينة أن البائع نقض البيع في الثلاث بمحضر من المشتري، وأقام الآخر البينة أن البائع أجاز البيع في الثلاث، فالبينة بينة من يدعي النقض؛ لأن حياة العبد بعد مضي المدة يدل على لزوم العقد بالانتقال من ضمان القيمة إلى ضمان الثمن، فالذي أقام البينة على النقض يثبت خلاف الظاهر، والآخر يثبت ما هو ظاهر، فكانت بينة من يدعي النقض أكثر إثباتًا. ولو تصادقا أن العبد مات في الثلاث، وأقام أحدهما البينة على النقض، والآخر على الإجازة قبل الموت، فالبينة بينة من يدعي الإجازة؛ لأن الموت في الثلاث موجب للنقض، فالبينة على الإجازة هي التي تثبت ما ليس بظاهر، فكانت أحق بالقبول.

ولو ادعى أحدهما أن الثلاث مضت والعبد حي، ثم مات، وأن البائع أجاز البيع في الثلاث، وادعى الآخر أن العبد مات في الثلاث، وأن البائع نقض البيع قبل موته بمحضر من المشتري، ولا بينة لهما، فالقول قول من يدعي الموت في الثلاث؛ لأن كل واحد منهما ادعى شيئين. أحدهما: الموت في الثلاث، والنقض قبل ذلك، وادعى الآخر بقاءه في الثلاث، والإجازة، ودعوى كل واحد منهما أولًا متضمن دعوى آخر؛ لأن الذي ادعى بقاء العبد بعد الثلاث ادعى لزوم العقد، وقوله: إن البائع أجاز البيع دعوى لا تضمنه الكلام الأول، والذي ادعى الموت في الثلاث ادعى انفساخ البيع، وقوله: إن البائع نقض البيع دعوى لا تضمنه الكلام الأول. فنفي عن دعوى كل واحد منهما الدعوى الثاني، بقيت العبرة لدعوى أحدهما الموت في الثلاث. ودعوى الآخر الموت بعد الثلاث، وقد ذكرنا أن في هذا الموضع القول قول من يدعي الموت في الثلاث، والبينة بينة صاحبه كذا هنا.

وإن ادعى أحدهما أن العبد مات بعد الثلاث، وأن البائع نقض البيع في الثلاث بمحضر من المشتري، وادعى الآخر أن العبد مات في الثلاث، وأن البائع أجاز البيع قبل موت العبد، فدعوى كل واحد منهما ضم إلى دعوته ما لا يجانسه؛ لأن موت العبد في الثلاث يدل على النقض، فلا يصح معه دعوى جواز البيع بعد موته، وموت العبد بعد الثلاث يدل على جواز العقد، فلا يصح معه دعوى النقض، فاعتبر من دعوى كل واحد منهما السابق، وهو دعوى الموت في الثلاث، وبعد الثلاث، وقد بينا هناك أن القول قول من يدعي الموت في الثلاث، والبينة بينة صاحبه.

ولو كان البائع والمشتري جميعًا بالخيار ثلاثة أيام، وقد قبض المشتري العبد، فادعى أحدهما أن الثلاث مضت، والعبد حي، ثم مات بعد ذلك، وأنهما جميعًا نقضا البيع في

الثلاث يحتمل منهما، ويدعي الآخر أنه مات في الثلاث، وأقاما جميعاً البينة: أجاز البيع قبل موته، فالقول قول من يدعي النقض، والبينة بينة صاحبه؛ لأن كل واحد منهما خصم في دعواه لبيّن ما لا يحتمله على ما مر، فاعتبر السابق من دعوى كل واحد منهما، وهو دعوى الموت في الثلاث، ودعوى الموت بعد الثلاث، وقد بينا في هذا الفصل أن القول قول من يدعي الموت في الثلاث، والبينة بينة صاحبه.

١٢٤٥٤ - قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لو أن رجلاً باع من رجل عبداً على أن البائع والمشتري بالخيار ثلاثة أيام، وقبض المشتري العبد، فمضت الثلاث، واختلفا في ذلك، فأقام أحدهما البينة على النقض في الثلاث، وأقام الآخر البينة على الإجازة في الثلاث، كانت بينة النقض أولى؛ لأن العقد لا يبقى حتى بعد الثلاث، فذلك دليل الجواز، ولهذا لو لم يكن لهما بينة، كان القول قول من يدعي الجواز، فصارت بينة النقض هي المثبتة لأمر غير ظاهر، فكانت أولى، وإن أقاما البينة على ما ذكرنا في الثلاث، فالبينة بينة من لا خيار له؛ لأن من له الخيار يثبت ببينته أمراً يملك إنشاءه، فلا حاجة إلى إثباته بالبينة، ومن لا خيار له يحتاج إلى إثبات ما يدعيه بالبينة، فكانت بينته أولى، بخلاف ما إذا مضت المدة؛ لأن هناك كل واحد منهما يدعي أمراً لا يملك استئنافه، وبينة النقض هي المثبتة لما ليس بظاهر، فكانت هي أولى.

ولو كان الخيار لهما جميعاً، وأقام أحدهما البينة على النقض منهما جميعاً، وأقام الآخر البينة على الإجازة منهما جميعاً، وكان الاختلاف بينهما بعد مضي الأيام الثلاثة، فالبينة بينة من يدعي النقض؛ لأن لزوم البيع ثابت بمضي المدة ظاهراً، فكانت بينة النقض هي المثبتة، فتكون أولى.

ولو اختلفا على هذا الوجه في الأيام الثلاثة، ولم تكن لهما بينة، فالقول قول من يدعي النقض؛ لأنه ادعى أمراً ينفرد به، والآخر يدعي أمراً لا ينفرد به، فإن الخيار إذا كان لهما، ينفرد أحدهما بالنقض، أما لا ينفرد بالإجازة، فصار مدعي النقض مدعياً أمراً يملك إنشاءه، والآخر مدعياً أمراً لا يملك إنشاءه، فيكون القول قول من يدعي النقض.

ولو أقاما البينة، فالبينة بينة مدعي الإجازة؛ لأنه ادعى أمراً لا ينفرد به، فاحتاج إلى إثباته بالبينة، والآخر ادعى أمراً ينفرد به، فلم يحتج إلى إثباته بالبينة، فإن عرف تقدم أحدهما فذلك أولى؛ لأن أحد الأمرين إذا ثبت تقدمه، بطل الآخر بعده؛ لأنهما ضدان.

قال محمد رحمه الله تعالى في «الجامع» أيضاً: رجل باع عبداً على أن البائع

لصيرورة البائع معرضاً عن دعوى ضمان الجناية على القاتل ، فبقي مدعياً مجرد الموت ، ولو وقع الدعوى في مجرد الموت على هذا الوجه كانت بينة المشتري أولى ، فيظهر أنه لم يكن للبائع تضمين المشتري القيمة بسبب القبض ، فصح أن في تضمينه في الابتداء إبطاله في الانتهاء ، وكذلك لو أقام البائع البينة أن فلاناً قتله في الأيام الثلاثة خطأ ، وأقام المشتري بينة على ذلك الرجل أو غيره أنه قتله خطأ بعد مضي الأيام الثلاثة ، كانت بينة البائع أولى ، ويقضى للبائع على عاقلة القاتل بقيمته يوم القتل ، وإن اختار تضمين المشتري القيمة ، لم يكن له ذلك ؛ لما مر .

ولو كان المشتري أقام البينة على البائع أن البائع قتله في الأيام الثلاثة ، وأقام البائع بينة أن المشتري قتله بعد الأيام الثلاثة ، فالبينة بينة البائع هنا ؛ لأن القتل غير مقصود بالإثبات ؛ لأن كل واحد منهما بهذا القتل لا يدعي لنفسه حقاً على صاحبه ؛ لأن قتل المشتري بعد الثلاث يقع على ملكه ، فلا يوجب شيئاً للبائع ، وكذلك قتل البائع في الثلاث يقع على ملكه ، فلا يوجب شيئاً للمشتري ، فلم يكن القتل مقصوداً بالإثبات ، إنما المقصود وما يتعلق به من الأحكام ، وذلك في بينة البائع أكثر ، وهو جواز البيع ، ولزومه والانتقال إلى ضمان الثمن ، فكانت بينة البائع أولى .

ولو أقام البائع بينة على أن هذا الأجنبي قتله بعد الأيام الثلاثة ، وأقام المشتري بينة على أن هذا الأجنبي أو غيره قتله في الأيام الثلاثة ، فالبينة بينة البائع ؛ لأن كل واحد بينته يثبت حكم القتل لغيره ، وذلك الغير منكر ، فلم يكن القتل مقصوداً ، فاعتبر كأن البينتين قامتا على الموت على هذا الوجه ، وهناك كانت بينة البائع أولى ، فكذلك هنا .

وإن أراد المشتري في هذا الوجه إثبات القتل على الذي أقام عليه البائع البينة أنه قتله بعد الثلاث ، وأراد تضمينه ، لم يكن له ذلك ؛ لأنه قد ادعى القتل على غيره ، فيصير بدعوى القتل عليه متناقضاً .

١٢٤٥٦ - قال محمد رحمه الله تعالى في «الجامع» أيضاً : رجل باع عبداً من رجل بألف درهم على أن البائع بالخيار فيه ثلاثة أيام ، فقبضه المشتري ، فصارت قيمته ألفي درهم ، فأقام البائع بينة على أن هذا الأجنبي غصب هذا العبد من المشتري بعد ما صارت قيمته ألفي درهم ، فمات في الأيام الثلاثة عنده ، وأقام المشتري البينة أن هذا الرجل أو غيره غصب هذا العبد في الأيام الثلاثة وقيمته ألف درهم ، فمات عنده بعد مضي الأيام الثلاثة ، فإن بينة المشتري أولى ، بخلاف مسألة القتل ، والفرق بينهما وهو أن دعوى الغصب على الأجنبي إنما

يعتبر حكمه، وكل واحد منهما يدعي الحكم لنفسه، ولا معتبر بالموت في دعوى الغصب، فإن في دعوى الغصب بحكمه نفسه صحيح بدون دعوى الموت، وإنما المعتبر في ذلك جواز العقد، وانتقاضه إن جاز العقد فحكم الغصب للمشتري وإن انتقض، فحكمه يكون للبائع، فصار الحاجة إلى في دعوى الغصب إثبات النقض للبائع، وإثبات الجواز للمشتري، فالجواز هو العارض، وذلك في بينة المشتري، فصار الحكم به أولى، ثم يتبعه ضمان الغصب، بخلاف ضمان القتل على ما مر.

ولو أقام البائع بينة على الموت بعد الثلاث عند الغاصب، وأقام المشتري بينة على الموت في الثلاث، فالبينة بينة البائع؛ لأن كل واحد منهما يثبت حكم الغصب لغيره، فلم تعتبر البينة على حكم الغصب، واعتبر نفس الموت، فيكون القضاء ببينة البائع أولى لما مر، وإذا قضينا على هذا الوجه كان للمشتري أن يضمن الغاصب قيمته، بخلاف ما سبق من مسألة القتل في نظير هذه؛ فإن هناك إذا قضينا ببينة البائع، ليس للمشتري أن يضمن القاتل شيئًا، والفرق بينهما أن في مسألة القتل كل واحد منهما يثبت حكم القتل لغيره، فبطل ذلك، واعتبرت البينة على الموت، وعند ذلك يقضى بالموت بعد الثلاث، والقضاء بالموت بعد الثلاث ينافي القضاء بالقتل في الثلاث، أما ههنا الغصب يثبت من هذا الغاصب في الثلاث بينهما، والقضاء بالموت بعد الثلاث لا ينافي الغصب في الثلاث، فبقي الغصب محكومًا به، فكان للمشتري أن يأخذه بضمان الغصب، وكذلك إذا كان الغصب من اثنين، كان للمشتري أن يأخذ الذي أثبت الغصب عليه بضمانه؛ لأن الغصب يثبت على الذي أثبته المشتري ببينة، إلا أن المشتري زعم أن حكمه للبائع؛ وإذا قضينا ببينة البائع، صار المشتري مكذبًا في زعمه أن ضمان الغصب للبائع، فالتحق زعمه بالعدم، فلهذا كان الجواب كذلك، وإن لم يقم البينة على ما وصفنا من القتل والموت، فالقول قول من يدعي القتل، والموت في الثلاث؛ لأن الظاهر يشهد له على الوجه الذي قلنا.

نوع آخر
في شرط الخيار في بعض المبيع:

٦٤٥٧- قال محمد رحمه الله تعالى في «الجامع الصغير»: وإذا اشترى الرجل شيئين، بأن اشترى عبدين، أو ثوبين على أنه بالخيار في أحدهما، يأخذ أيهما شاء بعشرة مثلاً، ويرد الآخر، فهو جائز في الثوبين والثلاثة استحسانًا، والقياس أن لا يجوز، ولا يجوز فيما زاد على

ذلك قياسًا، وأجازه استحسانًا، وقد اختلفت ألفاظ النسخ في هذه المسألة، وقع في بعضها: اشترى ثوبين، وفي بعضها: اشترى أحد الثوبين، وهو الصواب؛ لأن المشتري أحدهما، وإنما جاز هذا العقد استحسانًا مع كون المبيع مجهولًا؛ لأنه بمعنى ما جاءت به السنة، وهو شرط الخيار ثلاثة أيام لمساس الحاجة، وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة، أما الحاجة فلأن الإنسان قد يشتري الشيء لعياله، ولا يمكنه أن يحمل معه عياله إلى السوق، ولا يرضى البائع بالتسليم إليه حتى ليحمله إلى عياله من غير عقد، فيحتاج إلى مباشرة العقد بهذه الصفة لاختيار الأرفق بحضرة من عياله، والجهالة هنا غير مفضية إلى المنازعة؛ لأن التعيين إلى من له الخيار، بخلاف ما إذا لم يشترط الخيار لنفسه؛ لأن الجهالة ثمة تفضي إلى المنازعة، وبخلاف ما إذا لم يسم لكل ثوب ثمنًا، فإن هناك ثمن ما يتناوله العقد مجهول، وإنما قصر الجواز على الأثواب الثلاثة؛ لأن فيما زاد على الثلاث إن اندفعت المنازعة، لم توجد الحاجة؛ لاندفاعها بالثلاث لانحصار صفات الأثواب على الجودة والوساطة والرداءة، وعند الخمسة كانت فائدة بوصفين، فلم يقسم بأحدهما، ويجوز هذا العقد إذا كان فيه شرط الخيار مع خيار التعيين، وهل يجوز بدون شرط الخيار؟ فيه كلام على ما يأتي بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

ثم هذا البيع يجوز مع هذا الخيار ثلاثة أيام بلا خلاف، وهل يجوز مع هذا الخيار أربعة أيام؟ لا شك أن على قولهما: يجوز، كما في الخيار الواحد، وأما على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، كان الكرخي يقول: لا يجوز؛ لأن هذا الخيار على قول الكرخي ملحق بخيار الشرط، ولهذا قال: لا يجوز البيع إذا لم يكن الخيار موقتًا، وخيار الشرط إذا كان موقتًا أربعة أيام، يوجب فساد البيع عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، فكذلك هذا الخيار، وكان ابن شجاع يقول: يجوز؛ لأن هذا الخيار على قول ابن شجاع غير ملحق بخيار الشرط، ولهذا قال: إن البيع جائز مع هذا الخيار، وإن لم يكن موقتًا، فأما إذا ذكر الخيار مطلقًا، ولم يوقته، كان الكرخي يقول: لا يجوز البيع، وإليه أشار في "الجامع الصغير"، ومن المتأخرين من وضع المسألة في الخيار المؤقت.

١٢١٥٨ - وفائدة ذكر التوقيت: أنه لا يجوز بدونه، وإليه مال شمس الأئمة الحلواني، وشمس الأئمة السرخسي، وفخر الإسلام علي البزدوي، وكان ابن شجاع يقول: يجوز، وإليه أشار في "الجامع الكبير"، وفي بيوع "الأصل"، وإليه مال بعض المشايخ، وبعضهم قالوا: في المسألة روايتان، وجه ما ذكره الكرخي: إن هذا خيار لا يثبت إلا بالشرط، فلا يجوز إلا موقتًا، قياسًا على خيار الشرط في عين واحدة، ولهذا ذكره موقتًا في بعض الكتب، وما

ذكره مطلقاً في بعض الكتب فهو محمول على المؤقت، وجه ما ذهب إليه ابن شجاع أن هذا الخيار ليس بخيار شرط، بل هو خيار تمييز ملك من له الخيار عن ملك غيره ابتداء وانتهاء؛ لأنه فسر قوله على أني بالخيار بقوله: آخذ أيهما شئت، وأرد الآخر، والبداءة الحكم للتفسير، لا لأول الكلام، وخيار تمييز الملك لا يتوقت، كما لو ثبت هذا الخيار بسبب الاختلاط، ولهذا ذكر محمد هذا الخيار في بعض الكتب مطلقاً، وإنما ذكر في بعض الكتب موقتاً ليتبين أن العقد جائز مع التوقيت في الخيار، كما هو جائز مع التأبيد، لا لبيان أن التوقيت شرط للجواز، وأما قول الكرخي: إنه لا يثبت إلا بالشرط له، قلنا: إنما تعلق ثبوته بالشرط قطعاً للمنازعة؛ لأنه متى لم يشترط هذا الخيار لأحدهما، يثبت خيار التعيين لهما جميعاً بحكم الملك، فلا ينفذ تعيين أحدهما على صاحبه قبل اشتراط الخيار له، فكان الشرط محتاجاً إليه لهذا، لا لأنه خيار شرط.

ثم إذا جاز البيع على الوجه الذي قلنا، فقبضهما المشتري؛ فأحدهما معقود عليه مضمون على المشتري بالثمن، والآخر ملك للبائع أمانة في يد المشتري؛ لأن الداخل تحت العقد أحدهما، لا كلاهما، والذي لم يدخل تحت العقد حصل قبضه بإذن المالك لا على سوم الشراء، ولا على وجه الوثيقة، فيكون أمانة في يده كالوديعة، فإذا هلك أحدهما، أو تعيب أحدهما، وقد عجز عن رده بحكم الخيار لفوات الشرط، وهو الرد على الوجه الذي قبض، يتعين هو مبيعاً حين تعيب، أو أشرف على الهلاك، ويتعين الآخر أمانة، فيرد الآخر، بخلاف ما لو اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فهلك أحدهما عنده، فإنه لا يرد الباقي؛ لأن العقد تناولهما، ولهذا ملك إتمام العقد فيهما.

ولو رد الباقي منهما بعد هلاك أحدهما كان فيه تفريق الصفقة قبل التمام [وذلك لا يجوز، أما ههنا العقد يتناول أحدهما، ولهذا لا يملك إتمام العقد فيهما، فبعد ما هلك أحدهما لو رد الآخر، لا يكون منه تفريق الصفقة قبل التمام][1]، وكذلك إذا تصرف في أحدهما تصرفاً يبطل الخيار، لزمه ثمنه، ويتعين هو مبيعاً؛ لأنه دليل الاختيار، والاختيار بالدلالة كالاختيار بالصريح، ولو تصرف المشتري فيهما، أو حدث العيب بهما، وهما حيان، فهو على خياره؛ لأن المبيع أحدهما، وأحدهما ليس بتعين المبيع فيه بأولى من الآخر، فكان على خياره، فيرد الذي لم يختر، وليس له أن يردهما، بخلاف ما قبل التعيب، والفرق وهو أن العقد ههنا قد لزمه في المبيع منهما بالعيب، وسقط خيار الشرط، فلا يتمكن من ردهما، بخلاف ما قبل

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبت هذه العبارة من النسختين: ف و م.

التعيين؛ لأن العقد هناك لم يلزمه في المبيع منهما، وبقي خيار الشرط، فكان له أن يردهما، أما هنا بخلافه؛ وإذا رد الذي لم يحدث في مسألتنا، لا يلزمه أرش النقصان استحسانًا، والقياس أن يرد معه نصف أرش النقصان، ولو ماتا معًا، لزمه نصف ثمن كل واحد منهما؛ وجه القياس أن بحدوث العيب فيهما هلك جزء منهما، والجزء معتبر بالكل.

ولو هلكا معًا، شاع الأمانة والضمان فيهما، فكذلك إذا هلك جزء منهما، وجه الاستحسان وهو أن خيار التعيين لم يسقط بحدوث العيب فيهما؛ لأن المعيب محل لابتداء البيع، فيكون محلاً للبيان، وإذا بقي خيار التعيين، صح تعيينه، فتعين الذي عينه للبيع فيه، ومن ضرورة تعيينه للبيع تعين الآخر للأمانة، وتعيب الأمانة في يد الأمين لا يوجب عليه ضمانًا، بخلاف ما إذا ماتا؛ لأنه سقط خيار التعيين بموتهما؛ لأن الهالك ليس محلاً لابتداء البيع، فلا يكون محلاً للتعيين، وإذا سقط خيار التعيين، استحكمت الجهالة، فكان طريق رفعها التوزيع والشيوع، فلهذا لزمه نصف ثمن كل واحد منهما، بخلاف ما نحن فيه.

ثم هل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، منهم من قال: يشترط، وهو المذكور في "الجامع الصغير"، فقد ذكر فيه: اشترى ثوبين على أنه بالخيار، يأخذ أيهما شاء، وهو بالخيار ثلاثة أيام، ومنهم من قال: لا يشترط، وهو المذكور في "الأصل" و"الجامع"، فإنه ذكر هذه المسألة في "الأصل" و"الجامع"، ولم يذكر خيار الشرط، وهذا القائل يقول: إذا لم يذكر خيار الشرط، يلزم العقد في أحدهما، ولا يردهما، وإذا ذكر، لا يلزم العقد في أحدهما، وله أن يردهما، وذكر الكرخي هذه المسألة في كتابه، ولم يذكر فيها خيار الشرط، وذكر له أن يردهما؛ لأن هذا الخيار عنده في معنى خيار الشرط، ولهذا يشترط التأقيت فيه.

هذا إذا حصل البيع بشرط الخيار للمشتري، فإن حصل البيع بشرط الخيار للبائع بأن قال البائع: بعتك أحد هذين الثوبين على أني بالخيار، أعين البيع في أحدهما دون الآخر؛ لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذه المسألة هنا، ولا في شروح "الأصل"، وذكر الكرخي في "مختصره": أنه يجوز استحسانًا، قالوا: وإليه أشار في "المأذون"؛ لأن هذا بيع يجوز مع خيار الشرط، فيجوز مع خيار البائع قياسًا على خيار الشرط، وذكر في "المجرد": أنه لا يجوز؛ لأن هذا العقد مع خيار المشتري إنما لا يجوز، بخلاف القياس باعتبار الحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق بحضرة من له الشراء، وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع؛ لأنه لا حاجة إلى الخيار

لاختيار الأرفق ؛ لأن البيع كان معه في البيع ، فيرد جانب البائع إلى ما يقتضيه القياس[1] ، هذا إذا باع أحدهما ، وشرط خيار المشتري ليأخذ أيهما شاء .

١٢٤٥٩ - ولو لم يشترط الخيار للمشتري ، إنما باعه أحد الثوبين ، أو أحد العبدين بعشرة مثلاً ، فإنه لا يجوز هذا العقد ؛ لأن هذا البيع مجهول جهالة تفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم ، وإذا دفعهما البائع إلى المشتري ، فماتا عند المشتري ضمن نصف قيمة كل واحد منهما ؛ لأن أحدهما مبيع ملكه المشتري بالقبض بحكم البيع الفاسد ، وصار مضمونًا عليه بالقيمة ، والآخر أمانة في يده ، وليس أحدهما بأن يجعل أمانة على التعيين بأولى من الآخر ، فتشيع الأمانة ، والضمان فيهما .

١٢٤٦٠ - ولو مات أحدهما قبل صاحبه ، يتعين الأول للعقد كما في البيع الصحيح إذا مات أحدهما قبل صاحبه ، يتعين الأول ، وإن أعتقهما المشتري معًا ، عتق عليه أحدهما ؛ لأن أحدهما ملكه ، فكان على المشتري قيمته ؛ لأنه ملكه بحكم عقد فاسد ، وكان البيان إلى المشتري ؛ لأن الذي نفذ عتقه فيه مضمون عليه ، والقول في تعيين المضمون قول من عليه .

ولو أعتق المشتري أحدهما قبل الآخر ، جاز عتقه في الأول ، وتعين هو معقودًا عليه تصحيحًا لإعتاقه ، ولو قال المشتري : أحدكما حر ، كان باطلاً ؛ لأنه جمع بين ما يملك وبين ما لا يملك ، وأعتق أحدهما ، وفي مثل هذا لا يصح الإعتاق أصلاً ، وكذلك لو أعتق البائع أحدهما بغير عينه ، كان باطلاً ؛ لأنه جمع بين ما يملك وبين ما لا يملك ؛ لأن أحدهما زال عن ملكه ، وكذلك إذا قالا جميعًا : أحدكما حر ، كان ذلك باطلاً ، حتى لا يعتق واحد منهما ، وإن قالا جميعًا ، أو أحدهما قبل الآخر : هما حران ، عتقا ؛ لأن كل واحد أعتق ما يملك وما لا يملك ، فيصح إعتاقه فيما يملك ، ولا يصح فيما لا يملك ، ويقرر على المشتري قيمة الذي نفذ عتقه فيه ، ويكون الخيار إليه ؛ لما قلنا .

١٢٤٦١ - وإن مات المشتري قبل التعيين ، كان الخيار لورثته ؛ لأن الخيار إنما يثبت للمشتري بالضرورة ؛ لأنه وجب عليه القيمة ، والقول في تعيين القيمة إليه ، وبعد ما مات المشتري ، فالقيمة تجب على الورثة في تركة الميت ، فيكون البيان إليهم أيضًا ، ولو كان البائع أعتق أحدهما بعينه بعد ما قبضهما المشتري ، لم ينفذ عتقه ، وإن رفع الأمر إلى القاضي ، حتى رده القاضي على البائع بحكم فساد البيع ، نفذ إعتاق البائع ؛ لأن إعتاق البائع صادف محلاً مملوكًا للبائع ؛ لأن زوال ملك البائع بالبيع إنما كان ضرورة الثبوت للمشتري ، وملك المشتري

(١) وفي نسخة م : البائع .

بين أن يكون ملك المشتري وبين أن يكون باقياً على ملك البائع ، فقلنا بالتوقف لهذا ، وكل جواب عرفته في البيع الفاسد [بعد القبض ، فكذلك الجواب في البيع الصحيح قبل القبض ؛ لأن البيع الصحيح يزيل الملك بنفسه ، فصار نظير البيع الفاسد بعد][1] القبض .

ولو أن البائع أعتقهما قبل قبض المشتري بحكم العقد الفاسد عتقا ؛ لأن أحدهما ليس بمبيع ، والآخر وإن كان مبيعاً ، إلا أنه باق على ملك البائع لعدم التسليم .

ولو كان المشتري قبض أحدهما في البيع الفاسد . فأعتقه البائع ، ثم إن المشتري قبض الآخر ، وأعتق أحدهما ، إن أعتق الذي أعتقه البائع ، نفذ إعتاق المشتري ، وتعين هو مبيعاً ، ويبطل إعتاق البائع ، وغرم المشتري قيمته ، ورد الآخر ، وإن أعتق المقبوض آخراً ، تعين هو مبيعاً [ورد المقبوض أولاً ، ونفذ فيه إعتاق البائع ، ولو قبض المشتري أحدهما ، فمات في يديه ، تعين هو مبيعاً][2] لأنه لو قبضهما ، ومات أحدهما . تعين الميت مبيعاً مع أن الحي يزاحم الميت في الملك ، فلأن يتعين الميت هنا مبيعاً ، والحي لا يزاحم الميت في الملك لانعدام القبض في الحي كان أولى ، ولو لم يمت المقبوض حتى أعتق المشتري الذي لم يقبضه ، بطل الإعتاق ؛ لأن الذي لم يقبضه ، وإن كان أمانة ، فإعتاقه باطل ، وإن كان مبيعاً ، فهو مبيع بيع فاسد ، لم يملك لعدم القبض ، فصادف الإعتاق محلاً ليس بمملوك له ، وكان باطلاً .

ولو قبض أحدهما ، ثم قبض الآخر ، ثم أعتق المقبوض آخراً ، جاز عتقه ، ويتعين هو مبيعاً ، وكذا إذا مات يتعين الميت مبيعاً ، فقد جعل موت أحدهما [أو عتق أحدهما][3] تعييناً للعقد في العتق والميت ، ولم يجعل قبض أحدهما تعييناً للعقد في المقبوض ؛ وكذا الجواب في العقد الجائز ، والمعنى الجامع بينهما ، وهو أن جواز هذا العقد إنما كان باعتبار الحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق ، وذلك إنما يكون بعد قبضهما ، وعسى لا يتهيأ له قبضهما معاً ، فلو جعل قبض أحدهما تعييناً للعقد في المقبوض ، يفوت له هذا الغرض ، فيعود إلى موضوعه بالنقض ، وأنه لا يجوز بخلاف الإعتاق ، والموت أما في الإعتاق ، فلأن منك لما أن أقدم على الإعتاق ، فقد قصد صحته ، ولا صحة للإعتاق إلا وأن يتعين معقوداً عليه ، فيتعين معقوداً عليه ضرورة ، بخلاف القبض ؛ لأن القبض كما يصح في الملك يصح في غير الملك ، فلا يكون

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط وم وف .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م" .

قبض أحدهما تعييناً للعقد فيه، وفي الموت إنما يتعين الميت للعقد ضرورة أنه لا يمكن نقض العقد في الباقي بالشك، وهذه الضرورة لا توجد في قبض أحدهما بدون الموت والإعتاق، وشرط في الكتاب أن يكون القبض بإذن البائع [لأن قبض المشتري في البيع الفاسد بعد الافتراق عن المجلس إنما يفيد الملك إذا كان بإذن البائع](1)، وكذلك الجواب في الهبة الفاسدة، فأطلق الجواب في اشتراط الإذن إطلاقاً، تحرزاً عن القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير إذن البائع.

١٢٤٦٣ - قال محمد رحمه الله تعالى في «الجامع الصغير»: رجل باع من آخر عبدين بألف درهم على أنه بالخيار [في أحدهما فالبيع باطل، وهذه المسألة في الحاصل على أربعة أوجه: إما أن لا يعين الذي فيه الخيار](2)، ولا يفصل الثمن، وفي هذا الوجه البيع فاسد؛ لأن المبيع مجهول؛ لأن الخيار يمنع حكم العقد في مدة الخيار، فالذي فيه الخيار هو غير داخل في الحكم، وأنه مجهول لم يعينه، وإذا لم يكن غير الداخل في الحكم معلوماً، لم يكن الداخل في الحكم معلوماً، فهو معنى قولنا: إن المبيع مجهول، وإما أن لا يعين [الذي فيه الخيار، ويفصل الثمن، وفي هذا الوجه العقد فاسد أيضاً لجهالة المبيع على ما بينا، وإما أن يعين](3) الذي فيه الخيار، ولا يفصل الثمن، وفي هذا الوجه العقد فاسد أيضاً؛ لأن الثمن مجهول؛ لأنه يثبت بطريق الحصة، وإما أن يعين الذي فيه الخيار، ويفصل الثمن بأن قال: كل واحد منهما بخمسمائة، وفي هذا الوجه العقد جائز؛ لأن المبيع معلوم، والثمن كذلك.

١٢٤٦٤ - فرق بين الوجه الثالث وبين ما إذا اشترى عبدين، فإذا أحدهما مدبر، أو مكاتب أو اشترى جاريتين، فإذا أحدهما أم ولد، فإن العقد ينعقد في حق القن بوصف الصحة، وإن كان انعقاد العقد في حق القن في هذه المسائل بالحصة؛ لأن العقد لا ينعقد في حق المكاتب، والمدبر، وأم الولد، فمن مشايخنا رحمهم الله تعالى من لم يشتغل بالفرق، فقال على قياس هذه المسألة لا ينعقد العقد في حق القن في تلك المسائل، ويصير ما ذكر هاهنا رواية في تلك المسائل، ومنهم من اشتغل بالفرق، وهو الصحيح، والفرق ما ذكرنا أن شرط الخيار

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) هكذا في النسختين: ف وم.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبت هذه العبارة من النسختين: ظ وم.

البائع في العقد، حتى لو أراد أن يقبل العقد في البعض دون البعض، ليس له ذلك، لا يملك تفريق الصفقة في حق القبض، ولكن يتوقف الأمر، إن فسخ البائع البيع في الذي فيه الخيار، فقد تفرقت الصفقة، وكان للمشتري أن يأخذ الآخر بثمنه، فإن أجاز العقد فيه، أو سقط الخيار فيه بمضي المدة، أخذ الكل بجميع الثمن.

١٢٤٦٦ - ولو أراد البائع من المشتري أن ينقد جميع الثمن، وأبى المشتري، لا يجبر عليه، ولو أراد البائع أن يسلم الذي لا خيار فيه إلى المشتري، ويقبض ثمنه من المشتري، ويوقف العقد الآخر، وقال المشتري: لا أقبض منك ولا أعطيك شيئاً من الثمن حتى تجيز البيع في الآخر، فآخذهما أو تفسخ العقد فيه، فآخذ العبد الذي تم البيع فيه بحصته، فذلك إلى المشتري؛ لأن على اعتبار إجازة البيع في الآخر يتبين أنه فرق الصفقة على المشتري في القبض، وليس له ذلك الولاية.

١٢٤٦٧ - ولو أراد البائع أن يدفع العبدين إلى المشتري، ويأخذ ثمنهما، لم يجبر المشتري على ذلك؛ لأن الذي فيه الخيار لم يملكه المشتري، والإنسان لا يجبر على قبض ما لم يملكه، وإن قال المشتري: أنا آخذ العبدين، وأنقد ثمنهما، ليس له ذلك إلا برضاء البائع؛ لأن الذي فيه الخيار بقي على ملك البائع، والإنسان لا يجبر على تسليم ملكه إلى غيره، ولكن الأمر موقوف، حتى يظهر الفسخ من البائع، أو الإجازة، فإن أجاز البائع البيع، قبضهما المشتري جميعاً، وإن فسخ قبض الذي وجب البيع فيه بثمنه، ولا يجبر المشتري بسبب تفريق الصفقة عليه لرضاه بذلك.

ولو كان الخيار للمشتري في هذه الصورة، فأراد المشتري أن يأخذ العبد الذي وجب البيع فيه، ويأخذ ثمنه، وأبى البائع، لا يجبر البائع عليه؛ لما أن فيه تفريق الصفقة على البائع على اعتبار إجازة المشتري البيع في الآخر، وكذلك لو أراد البائع أن يسلم إلى المشتري العبد الذي وجب البيع فيه، ويأخذ ثمنه، وأبى المشتري ذلك، فذلك إلى المشتري.

ولو قال المشتري: أنا آخذ العبدين، وأنقد ثمنهما، وأكون على خياري، وأبى البائع ذلك، لا يجبر البائع عليه.

ولو قال البائع للمشتري: أعطيك العبدين وآخذ الثمنين، وأنت على خيارك، لا يجبر عليه؛ لأن هذا جبر على تسليم ما لم يلزم المشتري، وهو ثمن المشروط فيه الخيار، وقد مر شيء من هذا الجنس في آخر النوع الثاني من هذا الفصل.

١٢٤٦٨ - وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمه الله تعالى: رجل أخذ من رجل

ثلاثة أثواب، واحدًا بعشرين، وآخر بثلاثين، وآخر بعشرة، على أن يأخذ منها أيها شاء، فهلكت جميعًا، لزمه ثلث ثمن كل واحد منها، ولو ضاع واحد بعد واحد، لزمه ثمن الأول، وهو في الآخرين مؤتمن، ولو احترق الثوبان ونصف منها معًا، فإنه يرد النصف الباقي. ولزمه نصف ثمن كل واحد منهما، أي من الثوبين، ألا ترى أنهما لو كانا ثوبين، فاحترق أنصافهما معًا، كان له أن يرد أيهما شاء ويلزمه الآخر بثمنه، ولو احترق[1] أحدهما، والنصف الآخر معًا، فإنه يرد النصف الباقي، ولزمه الآخر بثمنه، وليس له أن يجعل هذا النصف بجميع ثمنه، ويجعل الأمانة في الهالك.

١٢٤٦٩ - ابن سماعة وعيسى بن أبان عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى إحدى أمتين على أنه بالخيار فيهما ثلاثًا يأخذ أيهما شاء، إن شاء هذه بألف، وإن شاء هذه بخمسمائة، فوطئ المشتري الأمتين، وحبلتا منه، ثم اختلف البائع والمشتري، فقال المشتري: وطئت هذه أولًا، وقال البائع: بل وطئت هذه الأخرى أولًا، فالقول قول المشتري في التي وطئ أولًا، ويلزمه ثمنها ويثبت نسب ولدها منه، ويكون هي أم ولد له، وأما التي زعم البائع أن المشتري وطئها أولًا، فلا سبيل للبائع، ولا للمشتري عليها، أما المشتري فظاهر، وأما البائع، فلأن البائع حين زعم أنه وطئها أولًا، فقد زعم أنها أم ولد المشتري، وأنه لا سبيل له عليها، وزعمه معتبر في حقه، وتكون موقوفة إلى أن يموت المشتري، فتعتق عند موته بإقرار البائع، ولا يلزم المشتري ثمن هذه الجارية؛ لأن زعم البائع حجة في حقه، لا في حق المشتري.

قال ابن سماعة: وينبغي أن يلزم المشتري عقر الجارية التي زعم البائع أنه وطئها أولًا، ويكون العقر له من الثمن الذي يدعيه، ولا يجبر واحد منهما على النفقة عليها، ولكن تكتسب، وتأكل من ذلك.

ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل أخذ من رجل ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء، إن شاء أخذ هذا بعشرة، وإن شاء أخذ هذا بعشرين، وإن شاء أخذهما جميعًا، فضيع أحدهما، واختاره، ورد الآخر، فقال البائع: [الخمسة][2] التي قيمة

(١) من قوله: نصف ثمن كل واحد منهما إلى هنا ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و ب و ت.

(٢) هكذا في [illegible]

عشرون، وقال المشتري: لا، بل [اخترت][1] الذي ثمنه عشرة، فالقول قول المشتري في الثمن، وهو بمنزلة رجل اشترى ثوباً، وصبغه، ثم اختلفا في قيمته، ولا سبيل للبائع على الثوب؛ لأن الصبغ زيادة فيه، وليس هذا كالقصب، ولو أن المشتري قطع الثوب قميصاً، ولم يخطه، ثم اختلفا في الثمن، فإن شاء البائع، أخذ ما أقر به المشتري له من الثمن، وإن شاء، أخذ الثوب مقطوعاً، وإن كان القطع قد زاد فيه مثل الصبغ، فلا سبيل للبائع عليه، وله ما أقر به المشتري.

١٢٤٧٠ - المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل أخذ من رجل ثوبين على أن يأخذ أحدهما بخمسمائة بثمن مسمى، فضاع أحدهما، وقطع الآخر، فقال المشتري: اخترت الذي قطعت، ثم ضاع الآخر، وأنا أمين فيه، وقال البائع: بل اخترت الذي ضاع، ثم قطعت الآخر، فعليك قيمة الذي قطعت مع ثمن الذي ضاع، فإن المشتري ضامن نصف ثمن الذي ضاع، ونصف قيمة الذي قطع ونصف ثمنه -والله أعلم-.

نوع آخر
في شرط الخيار لغير العاقد:

١٢٤٧١ - يجب أن يعلم أن من اشترى شيئاً، أو باع شيئاً، واشترط الخيار لثالث، فالقياس أن لا يجوز العقد، وبالقياس أخذ زفر، وفي الاستحسان: يجوز العقد، ويثبت الخيار للعاقد، ثم يصير المشروط له الخيار وكيلا من جهة العاقد في الفسخ والإجازة، وإنما كان كذلك؛ لأن تقدير هذا الشرط[2] عندنا كأن العاقد شرط الخيار لنفسه، ثم وكل المشروط له الخيار بالتصرف بحكم الخيار، ولو صرح بهذا، كان العقد جائزاً، فإنه لو قال: بعت على أني بالخيار، ثم وكلت فلاناً بالتصرف بحكم الخيار، إن شاء أجاز، وإن شاء فسخ، وصار فلان وكيلا من جهته إذا علم بذلك، فكذلك إذا كان تقديره هذا، وإنما جعلنا تقديره هذا؛ لأن اشتراط ما يجب بالعقد لغير العاقد لا يجوز بحكم العقد، ويجوز بحكم الوكالة والنيابة، فيصح من هذا الوجه حمل الكلام على الجواز.

١٢٤٧٢ - هذا كما قال علماؤنا الثلاثة رحمهم الله تعالى فيمن قال لآخر: أعتق عبدك عني بألف، فأعتق، فإنه يصير الآمر مشترياً منه أولا، ثم موكلا إياه بالعتق تصحيحاً للأمر،

---

(١) هكذا في النسختين: ف، م.

(٢) وفي النسخة م: لأن من تقرير هذا الشرط.

حتى لا يعمل. فكذلك هنا. وأيهما أجاز، أو نقض صح ذلك؛ لأن تصرفه صدر عن ولاية. أما المشتري فظاهر، وأما شرط له الخيار، فلأنه وكيل من جهة المشتري بالفسخ والإجازة، وإن أجاز أحدهما، ونقض الآخر، فإن كان السابق منهما، فهو أولى؛ لأن تصرفه صدر عن ولاية، فنفذ حال وجوده، وأفاد حكمه، ولا يعمل الآخر بعد ذلك، وإن خرج الكلامان معًا، ذكر في المأذون الكبير أن الفسخ أولى، وذكر في بيوع الأصل[1] أن تصرف المشتري أولى نقضا كان أو إجازة، وجه ما ذكرنا في بيوع الأصل[1] أن العمل بالأمرين جميعًا متعذر؛ لأن العقد الواحد لا يجوز أن يكون مفسوخًا كله، وغير مفسوخ كله، فلا بد من إثبات أحدهما، وإلغاء الآخر، فنقول: إثبات تصرف المشتري، وإلغاء تصرف الوكيل أولى؛ لأن تصرف المشتري أصل؛ لأنه يتصرف بحكم الملك، وتصرف الوكيل بناء عليه، فيكون كالتبع له، ولا شك أن إلغاء التبع باعتبار الأصل أولى.

وجه ما ذكر في المأذون: أن العمل بهما لما تعذر، ووجب العمل بأحدهما كان العمل بالفسخ أولى لوجهين أحدهما[2] وهو أن الاحتياط فيه، فإن الفسخ يوجب الحرمة على المشتري، والإجازة توجب الإباحة، وإذا اجتمعا، رجحنا المحرم على المبيح على ما عرف [أن المبيح مع المحرم إذا اجتمعا، يرجح المحرم على المبيح][3].

فإن قيل: هذا اعتبار جانب المشتري[4]، وإنه يوجب أن يكون الفسخ أولى، فاعتبار جانب البائع يوجب] أن تكون الإجازة أولى؛ لأن الإجازة تثبت حرمة في حقه، والفسخ يثبت إباحة في حقه، فيجب أن تكون الإجازة أولى باعتبار جانب البائع، فلم يصير المشتري فيه الاحتياط أولى من البائع؟

والجواب عنه: أن مراعاة الاحتياط من كلا الجانبين متعذر، فلا بد من مراعاة أحد الجانبين. وكان مراعاة جانب المشتري أولى؛ لأنا نحتاج في جانبه إلى إثبات الحل ابتداء؛ لأنه لم يكن ثابتا عنه قبله، وفي جانب البائع يحتاج إلى إبقاء الحل؛ لأن الحل كان ثابتًا له، والفسخ يعود إليه قديم ملكه، ويحل له قديم ملكه، فيكون إبقاء باعتبار قديم الملك، لا إثباتا

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ط وب.

(٢) وفي م: فإن قيل: هذا اعتبار احتياط بجانب المشتري.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط وم وب.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط وم وب.

بالراجح، إلا أنه رجح على رواية كتاب البيوع تصرف الموكل بسبب الأصالة، ورجح في المأذون الفسخ على الإجازة من أيهما وجد للوجهين اللذين ذكرنا، فأما محمد رحمه الله تعالى لم يشتغل بالترجيح في بيع الوكيل والموكل، بل عمل بقدر الإمكان، وأثبت تصرف كل واحد منهما في النصف، فعلى قياس ذلك يجب أن يثبت تصرف كل واحد منهما في النصف متى أجاز أحدهما، وفسخ الآخر ثبت الإجازة في النصف، والفسخ في النصف.

نوع آخر
في البيع والشراء لغيره مع شرط الخيار:

١٢٤٧٣ - هذا النوع يشتمل على قسمين: قسم في البيع، وقسم في الشراء، فأما قسم البيع، قال محمد رحمه الله تعالى: رجل أمر رجلا أن يبيع عبده، وأمره أن يشترط الخيار للآمر ثلاثة أيام، فباعه، ولم يشترط الخيار، لم يجز البيع؛ لأنه خالف أمر آمره إلى شر؛ لأنه أمره ببيع لا يلزمه، ولا يزيل ملكه إلا برضاه، وقد أتى ببيع يلزمه، ويزيل ملكه من غير رضاه، فرق أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى بين هذا وبين المأمور بالبيع الفاسد إذا باع بيعًا جائزًا، فإنه ينفذ على الآمر، والفرق وهو أن البيع الفاسد نوعان: نوع يزيل الملك بنفسه، وهو ما إذا كانت السلعة مقبوضة، ونوع لا يزيل الملك بنفسه، وهو ما إذا لم تكن السلعة مقبوضة، وكلا النوعين داخل تحت عقد الوكالة، فلا يتحقق الخلاف من هذا الوجه، أو تحقق إنما يتحقق من حيث إسقاط، وذلك خلاف إلى ما ينفعه؛ لأن الخيار الثابت بحكم فساد العقد مستحق على العاقد، فإنه يفترض عليه الفسخ إزالة للفساد، ودفعًا للحرام، فإذا باع الوكيل بيعًا صحيحًا، فقد أسقط عنه حقًا مستحقًا عليه، فكان خلافًا إلى خير، فلا يعد خلافًا، فأما خيار الشرط فيثبت حقًا له؛ لأنه ينتفع به، فكان تركه وإسقاطه خلافًا إلى شر، فيعتبر خلافًا، فإن باعه، وشرط الخيار للآمر كما أمره به، نفذ تصرفه عليه؛ لأنه وافق أمره، وثبت الخيار له ولآمره؛ لأن القياس يأبى شرط الخيار لغير العاقد؛ لأنه من حقوق العقد، ولا يمكن إثبات حق العقد لغير العاقد، إلا أنا جوزنا ذلك بطريق، وهو أن العاقد لما شرط الخيار لغيره، فقد قصد تصحيحه، وأمكن تصحيحه بجعله شارطًا الخيار لنفسه بطريق الاقتضاء أولى، ثم جاعلا ذلك الغير نائبًا، ووكيلا عن نفسه في الفسخ والإجازة [فكأنه قال: شرطت الخيار لنفسي، وجعلتك نائبًا عن نفسي في الفسخ والإجازة][1]، ولهذا أبى زفر شرط الخيار لغير العاقد؛ لأن

....

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبت هذه العبارة من النسختين: ظ و ف.

شرط الخيار لغير العاقد إنما كان بطريق شرط الخيار بطريق الاقتضاء، وزفر لا يقول بالمقتضيات، فإن فسخ الوكيل العقد صح فسخه، كما لو شرط الخيار [(١)] لنفسه لا للآمر، وإن أجاز بطل خياره وخيار الآمر؛ لأن ذلك ثابت بطريق النيابة، ولكن العقد لا يلزم على الآمر بإجازة الوكيل؛ لأن الآمر لم يرض بلزوم العقد عند رضاء الوكيل واختياره، ويكون له خيار الإجازة لا خيار الشرط، ولهذا لا يتوقف هذا الخيار بعد إجازة الوكيل بمدة الخيار.

١٢٤٧٤ - قال: ولو كان الآمر أمره بالبيع مطلقاً، فباع وشرط الخيار للآمر، أو للأجنبي صح، عملاً بإطلاق اللفظ، فإن مطلق اسم البيع كما يتناول البيع البات، يتناول البيع بشرط الخيار، وأيهما تصرف فسخاً، أو إجازة يريد به العاقد، والمشروط له الخيار، صح تصرفه، لما ذكرنا أن شرط الخيار لغير العاقد شرط للعاقد، وتوكيل للمشروط له الخيار بالفسخ، والإجازة بحكم الخيار، فيصح فسخ العاقد وإجازته بحكم اشتراط الخيار، ويصح فسخ المشروط له الخيار، وإجازته بطريق النيابة والوكالة عن العاقد، ويلزم هذا العقد بإجازة الوكيل؛ لأن الآمر لما أمره بالبيع مطلقاً مع أن اسم البيع مطلقاً يتناول البيع البات، والبيع بشرط الخيار، فقد رضي بلزوم العقد عند رضاء الوكيل، فلم يكن ثبوت هذا الخيار بالإجازة بمنزلة المقتضي، فلا يتوقف على إجازة الآمر، بخلاف ما تقدم.

١٢٤٧٥ - وإن فسخ أحدهما، وأجاز الآخر، وخرج الكلامان منهما معاً، ففي رواية كتاب المأذون الفسخ أولى؛ لأنه أقوى، وفي رواية كتاب البيوع تصرف المالك أولى؛ لأنه أقوى، فإن أمره بالبيع بشرط الخيار لنفسه، أي للمأمور، فباع بشرط الخيار لنفسه، أو للآمر، أو للأجنبي، فإنه يجوز، أما إذا شرط الخيار لنفسه فظاهر، وأما إذا شرط الخيار للآمر، أو للأجنبي، فلما ذكرنا أن اشتراط الخيار لغير العاقد اشتراط للعاقد، وتوكيل للمشروط له الخيار بالفسخ، والإجازة، فصار شارطاً الخيار لنفسه، كما أمره به، فيجوز.

١٢٤٧٦ - وأما في الشراء، قال محمد رحمه الله تعالى: وإذا أمر الرجل رجلاً أن يشتري له عبداً بعينه، أو بغير عينه، وسمى له ثمناً أو جنساً، حتى صح الأمر، وأمره أن يشترط الخيار لنفسه، يعني للمأمور، فاشترى، وشرط الخيار لنفسه، أو للآمر، أو للأجنبي، نفذ على الآمر؛ لأنه وافق أمره، أما إذا شرط الخيار لنفسه، فظاهر، وأما إذا شرط الخيار للآمر، أو للأجنبي، فلما ذكرنا أن شرط الخيار لغير العاقد شرط للعاقد.

ولو أمره أن يشترط الخيار للآمر، فاشتراه بغير خيار أو شرط الخيار لنفسه، لا ينفذ على

---

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، أثبتناه من ط و م و ف.

الآمر؛ لأنه خالفه فيما ينفعه إلى ما يضره؛ لأنه أمره بشراء لا يلزمه إلا برضاه، وقد أتى بشراء يلزمه من غير رضاه، فلا ينفذ على الآمر، ولكن يلزم المأمور، بخلاف البيع، فإنه إذا أمره بالبيع بشرط الخيار للآمر، فباع من غير شرط الخيار، أو باع بشرط الخيار لنفسه، حيث لا ينفذ أصلاً، لا على الآمر، ولا على المأمور، وكذلك لو أمره أن يشترط الخيار لنفسه، يعني للوكيل، فاشتراه بغير خيار، لا ينفذ على الآمر، وكان ينبغي أن ينفذ؛ لأنه لما أمره أن يشترط الخيار لنفسه، فقد أمره بشراء يلزمه برضى المأمور، فإذا اشترى، ولم يشترط الخيار، فقد رضي المأمور بلزوم هذا الشراء للآمر، فهذا شراء دخل تحت الأمر، فينفذ على الآمر؟

والجواب: الآمر لما أمره بشرط الخيار لنفسه، فإنما أمره بشراء لا يلزمه بنفسه، وإنما يلزمه بإجازة توجد بعد العقد، فإذا اشترى، ولم يشترط الخيار، فقد أراد أن يلزمه هذا الشراء بنفسه، فصار مخالفاً إلى شر، فلا يلزم الآمر، ويصير المأمور مشترياً لنفسه على ما ذكرنا.

ولو أمره أن يشترط الخيار لنفسه، أي للآمر، فاشترى، وشرط الخيار للآمر كما أمره به حتى نفذ على الآمر، ثم أجاز المأمور البيع، بطل خياره، والآمر على خياره، وإنما كان كذلك لما ذكرنا أن خيار الشرط لغير العاقد يقتضي ثبوته للعاقد، وإذا ثبت الخيار للعاقد، بطل بإبطاله، إلا أنه لا يلزم الآمر لما ذكرنا أن الآمر ما رضي بلزوم هذا العقد من غير اختياره، فيتوقف على إجازته واختياره.

١٢٤٧٧ - واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في أن الباقي للآمر بعد إجازة الوكيل خيار شرط أم خيار آخر؟ بعضهم قالوا: يبقى له خيار الشرط؛ لأنه ذو حظ من هذا العقد، فإن المبيع يدخل في ملكه، ويجب الثمن في ذمته، فيصح اشتراط الخيار له على طريق الخصوص، فلا يبطل إلا بإبطاله، وقال بعضهم: لا يبقى له خيار الشرط، لما ذكرنا أن ثبوت شرط الخيار لغير العاقد بطريق النيابة عن العاقد، فإذا أبطل العاقد خياره بالإجازة بطل خياره بالأصل، فيبطل خيار النائب ضرورة، ولكن يبقى له خيار آخر، وهو أنه ما رضي بلزوم حكم العقد من غير اختياره، فيبقى له هذا الخيار، وهو مخير بين التزام حكم العقد وعدم التزامه، كما في مسألة البيع، وهذا أشبه.

وإن كان شراء الفضولي لا يتوقف على الإجازة، إلا أنه إنما لا يتوقف إذا وجد نفاذاً على المشتري، كما إذا اشترى شيئاً لغيره بغير أمره، فإذا اشترى، ولم يشترط الخيار للآمر حتى صار مخالفاً، وجد نفاذاً على المشتري، فنفذ عليه، وإذا شرط الخيار للآمر كما أمره به، لم يجد نفاذاً على المشتري، وإن أجاز لا يبطل؛ لتعلق حق البائع والآمر به، فيتوقف على

إجازة الآمر [كما في البيع ، وصار الشراء لذي لا يجد نفاذاً على المشتري في حق لتوقف على إجازة الآمر][1] نظير مسألة البيع ، فإن أجاز الآمر العقد بعد ذلك ، كان العبد له ؛ لأنه التزام حكم العقد . وإن رد كان العبد للوكيل ، حتى لو هلك العبد بعد ذلك في يد الوكيل ، هلك من مال الوكيل ؛ لأن الإجازة من الوكيل قد صحت ، إلا أنها لم تعمل في حق الآمر لحقه ، فإذا زال حقه بالنقض عملت الإجازة السابقة عملها في حق الوكيل ، فدخل العبد في ملك الوكيل وضمانه ، فإذا هلك ، يهلك من ماله .

ونظير هذا الوكيل بالبيع إذا رد عليه بالعيب من غير قضاء القاضي ، فإنه يتوقف على قبول الموكل ، فإن قبل لزمه ، وإن رد لزم الوكيل ، والمعنى ما ذكرنا ، كذا ههنا .

ولو أن الوكيل لم يرضَ به ، ولم يجز البيع من الابتداء ، حتى قال الآمر للوكيل : رد العبد ، فلا حاجة لي فيه ، فهلك بعد هذا القول في يد الوكيل ، هلك من مال الآمر ؛ لأن العبد دخل في ضمان الآمر بقبض الوكيل ؛ لأن يد الوكيل يد الآمر ، وبقول الآمر : رد العبد لم ينفسخ العقد ؛ لأن هذا ليس بفسخ للعقد ، بل هو أمر بالفسخ ، والأمر بالفسخ لا يكون فسخاً ، فبقي العين في ضمان الآمر ، فإذا هلك يهلك من مال الآمر .

وقول محمد رحمه الله تعالى في الكتاب على وجه التعليل : هذا ليس بنقض بحضرة من البائع ، ليس المراد منه أنه نقض في نفسه ، لكن لا يعمل لغيبة البائع ، كما ظنه بعض أصحابنا رحمهم الله تعالى ، وإنما المراد أنه ليس بنقض في نفسه حتى يبتدئ النقض بحضرة البائع .

قال مشايخنا رحمهم الله تعالى : وإنما يشترط حضرة البائع لابتداء النقض على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ، وأما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يصح ابتداء النقض ، وإن لم يكن بحضرة البائع ، والمسألة معروفة ، فإن قال الوكيل بعد ما قال له الآمر رد هذا العبد . رضيت بهذا العقد ، ثم هلك العبد في يد الوكيل ، هلك من مال الآمر ؛ لما ذكرنا أن بقول الآمر : رد هذا العبد لم ينفسخ العقد ، وقول الوكيل : رضيت بهذا العقد ، لا يعمل في حق الآمر ، فبقي العبد على ملك الآمر وضمانه ، فإذا هلك ، يهلك من مال الآمر .

١٢٤٧٨ - قال : ولو أن الآمر حين قال للمأمور : رد هذا العبد على البائع ، فلا حاجة لي فيه ، باعه المأمور من رجل ، فإنه يتوقف هذا البيع على إجازة الآمر ؛ لأن العبد بعد قول الآمر : رده باق على ملك الآمر على ما مر ، وقد باعه بغير أمره ، فيتوقف على إجازته ، كما

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

توقف الأول على إجازته ، من مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال . هذا الجواب يستقيم على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ، أما على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه : لا يستقيم ؛ لأن المشتري بشرط الخيار للمشتري لا يدخل في ملك المشتري عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، خلافًا لهما ، وإذا لم يصر العبد مملوكًا للآمر عنده كيف يتوقف بيع العبد بعد ذلك على إجازته ، والتوقف إنما يكون على إجازة المالك ، لا على إجازة غير المالك .

ومنهم من قال : لا ، بل هذا قول الكل ، ووجهه أن على قول أبي حنيفة إن لم يصر العبد مملوكًا ، فسبب الملك في حقه ، وهو الشراء قد وجد ، والحكم مستحق بقضية السبب ، فصار العبد كالمملوك له نظرًا إلى السبب ، فجاز أن يتوقف عقد المأمور بعد ذلك على إجازته ، أو يقول : إن لم يكن العبد مملوكًا للآمر ، فهو أقرب الناس إلى إجازة هذا العقد ، فجاز أن يعطى له حكم المالك في حق إجازة هذا العقد ، إذ يجوز أن يعطى للإنسان حكم المالك في حق بعض الأشياء ، وإن لم يكن له حقيقة الملك ؛ لما يرى أنه أقرب الناس إليه ؛ ألا ترى أن السبع إذا افترس الميت ، وبقي الكفن ، فالكفن يرد إلى الورثة ، لا لأنهم ملكوه ، ولكن لأنهم أقرب الناس إليه ، فأعطي لهم حكم الملك ، كذا ههنا .

١٢٤٧٩ - ثم إذا توقف البيع الثاني على إجازة الآمر لو أجاز الآمر البيع الثاني ، ينفذ البيع الثاني ، والبيع الأول ؛ لأنه لما أجاز البيع الثاني ، فقد قصد تصحيح البيع الثاني ، ولا صحة للبيع الثاني إلا بعد نفاذ البيع الأول ، ولا نفاذ للبيع الأول إلا بإجازة البيع الأول ، فصار بإجازة البيع الثاني مجيزًا للبيع الأول ، فنفذ البيع الأول من وقت وجوده ، فيثبت الملك له من ذلك الوقت ، فحصل البيع على ملكه ، وقد لحقته الإجازة ، فنفذ ، ويطيب له الربح إن كان في الثمن ربح ؛ لأن البيع الثاني حصل على ملكه وضمانه ؛ وإن نقض الآمر البيع الثاني ، صار الحال بعد نقض البيع الثاني كالحال قبل وجود البيع الثاني ؛ لأنه لما نقض الآمر البيع الثاني ، وله ولاية نقضه ، صار وجوده والعدم بمنزلة ، فصار الحال بعد نقض البيع الثاني ، والحال قبل وجود البيع الثاني سواء من هذا الوجه ، وإن نقض الآمر البيع الأول بعد البيع الثاني ، لزم العقد المأمور ؛ لأن إقدام المأمور على البيع الثاني إبطال للخيار ، ومفسد للشراء بينه وبين البائع ، كقوله : رضيت ، إلا أنه لم يعمل هذا الإبطال في حق الآمر لحقه ، فإذا اختار نقض الشراء ، فقد أبطل حقه ، فعمل ذلك الإبطال في حق الآمر عمله ؛ فصار العبد ملكًا للمأمور لهذا ، ولكن لا ينفذ عليه بيعه الذي كان قبل ذلك ؛ لأنه كان قبل ملكه إذ ملكه حدث الآن ، والبيع لا يتوقف على ملك سيحدث ، ألا ترى أن من باع شيئًا ، ثم ملكه بسبب من الأسباب ،

لا ينفذ ذلك البيع عليه، وإنما لم ينفذ عليه، لما قلنا، فإن جدد المأمور بيعًا بعد ذلك، نفذ، وطاب له الربح إن كان في الثمن ربح؛ لأن العبد صار ملكًا له من وقت النقض، وأنه في يده وضمانه، فينفذ مع طيبة الربح لهذا.

١٢٤٨٠ وإذا اشترى الرجل شيئًا لغيره بأمره، وشرط الخيار للآمر كما أمره به، حتى ثبت الخيار للآمر وللوكيل، ثم اختلف البائع والوكيل بعد ذلك، فقال البائع: إن الآمر قد رضي والآمر غائب، وأنكر الوكيل ذلك، فالقول قول الوكيل؛ لأن البائع يدعي على الوكيل لسقوط خياره بعد ما كان ثابتًا، ووجوب الثمن على الوكيل بعد ما لم يكن واجبًا عليه، والوكيل ينكر ذلك، فيكون القول قوله، ألا ترى أنه لو ادعى الرضاء على الوكيل [في مدة الخيار، وأنكر الوكيل ذلك، كان القول قوله، فكذا هذا، ثم يكون القول قول الوكيل][1] بلا يمين، بخلاف ما لو ادعى الرضاء على الوكيل في مدة الخيار، وأنكر الوكيل؛ فإن القول قول الوكيل مع اليمين، والفرق أن الدعوى في مسألتنا توجه على الآمر مقصودًا، فإنه يدعي رضاء الآمر، لا رضاء المشتري، وعلى المشتري تبعًا واقتضاء؛ لأن رضى الآمر متى ثبت، سقط خيار المشتري، ولزمه الثمن، وحكم التبع حكم الأصل، وهذه الدعوى لم تصح في حق إيجاب اليمين على من توجه عليه الدعوى مقصودًا، وهو الآمر، فإن الآمر لو كان حاضرًا، وأنكر الرضى، لا يستحلف الآمر بهذه الدعوى، فكيف يصح في حق توجه اليمين على من توجه عليه الدعوى تبعًا، وهو المشتري، بخلاف ما لو ادعى الرضاء على المشتري؛ لأن الدعوى هناك توجه على المشتري مقصودًا، وهو أصل فيما ادعى عليه؛ لأن العقد في حق الحقوق واقع للعاقد، كأنه اشترى لنفسه، وإنما لم يجب اليمين على الآمر، متى كان حاضرًا، وادعى عليه الرضاء، وذلك لأن الآمر في حق حقوق العقد نائب عن المشتري؛ لما مر، والدعوى على النائب لا تصح في حق إيجاب اليمين عليه، وإن كان يصح في حق سماع البينة، كالوكيل بالخصومة، والأب والوصي، صح الدعوى في مال اليتيم على هؤلاء في حق سماع البينة، ولم يصح في حق إيجاب اليمين، وكذلك هذا.

وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: أن في استحلاف الوكيل في هذه المسألة روايتين، على أصح الروايتين: يستحلف الوكيل، هذا إذا أنكر المشتري ما ادعاه البائع، ولم يقم البائع بينة على ما ادعى، فأما إذا أقام البائع البينة أن الآمر قد رضي، فإن البيع لازم للآمر، وإن كان الآمر غائبًا؛ لأن المشتري انتصب خصمًا عن الآمر حكمًا؛ لأن البائع ادعى على

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

المشتري حقاً بسبب ادعاه على الغائب وبين المشتري والغائب اتصال بسبب، وهو الأمر، ولا يثبت ما ادعى على المشتري إلا بإثبات ما ادعى على الغائب، فينتصب المشتري خصماً عن الغائب. وإن لم تقم له بينة على ذلك، إلا أن المشتري صدقه فيما ادعى من رضاء الآمر، ثم حضر الآمر في مدة الثلاث، وأنكر الرضاء، وادعى أنه نقض البيع بمحضر من البائع، ذكر أن الشراء يلزم المشتري، ولا يلزم الآمر، حتى لا يكون للوكيل أن يرجع على الآمر بالثمن إذا لم يكن الثمن مدفوعاً إليه؛ لأن المشتري بإقراره أن الآمر رضي، إقرار على نفسه بسقوط حقه في الخيار، وبوجوب الثمن عليه، وعلى الآمر [بالرجوع بالثمن، فإذا أنكر الآمر الرضاء، صح إقرار الوكيل في حقه، ولم يصح في حق الآمر](١)، فإذا لم يصح إقراره في حق الآمر بالرضاء، صار وجود هذا الإقرار في حق الآمر وعدمه بمنزلة.

ولو قدم فقال الآمر في مدة الخيار: كنت فسخت، والبائع حاضر، كان القول قوله؛ لأنه حكى أمراً يملك استئنافه للحال [ومن حكى أمراً يملك استئنافه للحال](٢)، فإنه يصدق فيما [حكى هنا إذا قال](٣) الآمر: هذه المقالة في مدة الخيار، فأما إذا قال هذه المقالة بعد مدة الخيار، فإن البيع لازم له، ولا يكون مصدقاً فيما حكى؛ لأنه حكى ما لا يملك استئنافه للحال، فلزمه البيع بمضي المدة، لا بإقرار المشتري.

ومما يتصل بهذا النوع:

١٢٤٨٦ - إذا باع الوصي أو الأب شيئاً من مال الصغير، وشرط الخيار لنفسه، فهو جائز، فإن بلغ الصبي في مدة الخيار، تم البيع، وبطل الخيار في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال محمد في ظاهر الرواية: ينتقل الخيار إلى الصبي، فإن أجاز البيع في مدة الخيار جاز، وإن رد بطل، وجه قول أبي يوسف أن الخيار إنما يثبت حقاً للعاقد لكونه من حقوق العقد، وقد تعذر استيفاؤه بعد البلوغ لانقطاع الولاية، فيسقط، ولا ينتقل إلى غير العاقد، كما لا ينتقل إلى الوارث بعد موت المورث، وجه قول محمد رحمه الله تعالى أن الخيار من حقوق العقد، والعقد وقع للصغير، فكذا الخيار، إلا أنه كان لا يستوفيه بنفسه لعجزه، فإذا

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ، م، ب.

(٢) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ، م، ب.

(٣) هكذا في جميع النسخ التي عندنا، وكذا في الأصل: فيما قال هنا إذا حكى الآمر.

قدر على الاستبداد بالبلوغ ، فصار نظير ما قلنا ، فإن اشتغل فيما اشتراه الأب والوصي للصغير ، يقع للصغير ، إلا أنه كان لا يتصرف في ملكه بنفسه للحجر ، فإذا قدر على التصرف بالبلوغ يتصرف ، أما ما ينتقل إليه من الأب والوصي بالبيع فلا ، كذا هنا.

إذا ثبت أن الخيار للصبي بعد البلوغ على قول محمد رحمه الله تعالى ، فنقول : ليس للوصي أن يجيز ، وله أن يفسخ ؛ لأن ولاية الإجازة بحكم الخيار ، ولم يبق له الخيار بعد البلوغ ؛ لانقطاع الولاية ، أما يملك الفسخ ؛ لأنه لما شرط الخيار ، فقد بين أنه لم يرض بالتزام العهدة إلا عند وجود الإجازة ، فإذا انعدمت الإجازة منه ، كان له أن يفسخ دفعا للعهدة عن نفسه ، ويجوز له أن يثبت حق الفسخ للإنسان ، وإن لم يكن له ولاية الإجازة ، كالفضولي إذا باع مال الغير ، كان له أن يفسخ قبل إجازة المالك ، ولا يكون له أن يجيز ، كذا هنا.

وروى المعلى عن محمد رحمه الله تعالى ثلاث روايات : قال في رواية : مثل ما قال أبو يوسف ، وقال في رواية : ينتقض العقد ؛ لأنه تعذر القول بنفاذه مع الخيار ، وبدون الخيار ، وقال في رواية أخرى : ينتقل الخيار إلى الصبي.

واختلفت الروايات عن محمد رحمه الله تعالى في مضي مدة الخيار ، قال في رواية : يلزم العقد لاستحالة بقاء الخيار بعد المدة ، وفي رواية : لا يلزم إلا بإجازته ؛ لأن عند الإجازة في معنى ابتداء العقد ، فيجعل البلوغ الطارئ على العقد قبل الإجازة بمنزلة المقارن للعقد ، ولو كان مقارنا للعقد ، بأن باع الفضولي مال الغير ، وشرط الخيار لنفسه ، لا يلزم العقد من غير إجازة المالك ، وإن مضت مدة الخيار ، فهنا كذلك.

١٢٤٨٢- ولو باع المكاتب ، وشرط الخيار لنفسه ، فعجز في الثلاث ، تم البيع في قولهم جميعا ؛ لأن المكاتب يتصرف لنفسه ، فكان الخيار ثابتا له أصلا ، وبالعجز يوجب بطلان ولايته ، فصار كموت من له الخيار ، وكذلك المأذون إذا حجر عليه المولى في الثلاث ، بطل خياره ، لما مر.

١٢٤٨٣- ولو اشترى الأب ، أو الوصي شيئا بدين في الذمة ، وشرط الخيار ، ثم بلغ الصبي ، فأجاز الأب ، أو الوصي ، جاز العقد عليهما ، و[الصبي](١) بالخيار ، إن شاء أجاز ، وإن شاء فسخ ؛ لأن ولاية الأب والوصي قد انقطع عن الصغير بالبلوغ ، فلم يبق لهما ولاية الإجازة أو الفسخ في حق الصغير ، أما بقي لهما ولاية الإجازة في حق أنفسهما ، فإن أجاز الصبي ، تم البيع في حقه ، وإن فسخ ، زال عن الصغير ، فيصح الشراء في حق الأب والوصي

(١) هكذا في جميع النسخ التي عندنا ، ولعل في الأصل : الوصي.

لوجود الإجازة منه، ونظير هذا الوكيل بالشراء بشرط الخيار للموكل إذا اشترى، وشرط الخيار للموكل، ثم أجاز العقد بعمل الإجازة في حقه، دون الموكل، حتى إن الموكل لو رضي بالشراء، لزمه البيع، وإن فسخ العقد، ورد المبيع، لزم الوكيل، فههنا كذلك، وإن لم يجز الصبي [شيئاً حتى مات الوصي بعدما رضي بالبيع، أو قبل ذلك، فاليتيم على خياره، فإن لم يمت الوصي][1]، ومات العبد في يد الوصي في وقت الخيار، أو بعد مضيه، أو مات اليتيم في وقت الخيار قبل رضاء الوصي بالمشتري، أو بعده، فالشراء لازم للمشتري، وسيأتي بعض هذه المسائل بعد هذا في فصل الأب والوصي.

نوع آخر في الاختلاف في تعيين المشترى بشرط الخيار عند الرد:

١٢٤٨٤ - وإذا اشترى الرجل من آخر شيئاً على أنه بالخيار ثلاثة أيام، وقبضه، ثم جاء به ليرده على البائع بحكم الخيار، فقال البائع: ليس هذا هو الذي بعتك، وقال المشتري: هو ذلك، فالقول قول المشتري مع يمينه؛ لأن في خيار الشرط المشتري ينفرد بالفسخ، فينفسخ العقد بمجرد قوله، وبقي ما قبض في يده مال البائع، فالمشتري يقول للبائع: مالك الذي قبضت منك هذا، والبائع يقول غيره، فيكون القول قول المشتري مع يمينه في تعيين المقبوض[2]، أمينًا كان كالمودع، أو ضمينًا كالغاصب.

ولو كانت السلعة غير مقبوضة في هذه الصورة، فأراد المشتري إجازة العقد في عين بيد البائع، فقال البائع: ما بعتك هذا، وقال المشتري: لا، بل بعتني هذا، لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذا الفصل في شيء من الكتب، قالوا: وينبغي أن يكون القول قول البائع، كما لو ادعى عليه بيع هذا العين، وأنكر البائع البيع أصلاً، وقال: ما بعتك شيئًا، ولا يتحقق الخلاف في [الفسخ هنا؛ لأن المشتري ينفرد بالفسخ، والمبيع في يد البائع، وإنما يتحقق الخلاف حالة الإجازة، كما إذا كانت السلعة مقبوضة لا يتحقق الخلاف حالة الإجازة؛ لأنه أجاز، والمبيع في يده إنما يتحقق الخلاف حالة الفسخ، هذا الذي ذكرنا إذا كان الخيار للمشتري.

فأما إذا كان الخيار للبائع، إن كانت السلعة مقبوضة، فجاء المشتري بسلعة ليردها على البائع في مدة الخيار، فقال البائع: ليس هذا الذي بعتك، وقبضت مني، وقال المشتري الذي

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٢) وفي النسخة "م": في تعيين المقبوض.

بعشرة وقبض مني هذا، فالقول قول المشتري مع يمينه؛ لأن الخلاف لا يخلو: إما أن يدعي البائع هلاك ما باع منه، أو ادعى القيام في يده، فإن ادعى الهلاك، فقد ادعى ضمان القيمة على المشتري، وإنه لم يكن واجباً، والمشتري ينكر، وإن ادعى القيام، فقد تصادقا على أن للمشتري حق الرد؛ لأن للمشتري حق الرد في مدة الخيار، حتى يخرج عن ضمان القيمة، إلا أنهما اختلفا في تعيين المقبوض، فيكون القول قول المشتري مع يمينه، وإن كانت المسألة غير مفوضة، فأراد البائع إلزام البيع في عين، فقال المشتري: ما اشتريت هذا، ذكر أن القول قول المشتري مع يمينه؛ لأن البائع يدعي عليه ولاية إلزام الشراء في هذا العين، والمشتري ينكر، فيكون القول قوله، كما لو أنكر المشتري الشراء أصلاً.

نوع آخر
في جناية المبيع في البيع بشرط الخيار

١٢٤٨٥ - قال محمد رحمه الله تعالى في «الجامع الصغير»: رجل باع عبداً على أن البائع فيه بالخيار ثلاثة أيام، فقتل العبد قتيلاً خطأً في مدة الخيار، فعلم المولى ذلك، فأجاز البيع، وهو عالم بالجناية، لم يصر مختاراً للفداء، وصحت الإجازة، أما صحة الإجازة؛ فالإجازة[1] أقوى من ابتداء البيع.

١٢٤٨٦ - ولو باع المولى العبد الجاني ابتداء، فإنه يجوز، فالإجازة أولى، ولم يصر مختاراً للفداء [لأنه لم يوجد منه الاختيار نصاً، وكان ينبغي أن يصير مختاراً للفداء][2]؛ لأنه بالإجازة حصل مزيلاً له عن ملكه، فيصير مختاراً للفداء، كما لو باعه، أو أعتقه، والجواب: إنه إنما صار مختاراً للفداء؛ لأن بالبيع والإعتاق يبطل حق أولياء الجناية، أما بالإعتاق فلا شك، وكذلك بالبيع؛ لأن المشتري لا يتخير بين الدفع والفداء، إذ الجناية لم تكن في ملكه، وهو لا يمكنه إبطال حق ولي الجناية عن عين العبد إلا بالفداء، فيصير مختاراً للفداء، أما ههنا فالإجازة لا تبطل حق ولي الجناية عن عين العبد؛ لأن المشتري يتخير بين الدفع والفداء؛ لأن عند الإجازة يثبت الملك له من وقت البيع، ولهذا إذا حصل الولد من المبيعة بشرط الخيار للبائع في مدة الخيار، ثم سقط الخيار بالإجازة، فالولد يسلم له، وإذا ثبت أن عند الإجازة يثبت

(١) هكذا في الأصل والنسخ كلها، وكذا في [illegible] لأن الإجازة لا تكون أقوى من ابتداء البيع.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من م.

نائمه، وإن وجد العيب في ضمان البائع، إلا أن المشتري رضي بكونه معيبًا.

١٢٤٨٨ - وإن اختار المشتري نقض البيع، يخير البائع بين الدفع والفداء؛ لأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ للعقد من الأصل، فصار كأن البيع لم يكن، ثم ذكر في بعض الروايات، فأي ذلك يفعل المشتري، يخير البائع، وذكر في بعضها : فإن فعل ذلك، والمراد: فإن رد، وهذا هو الصحيح؛ لأن البائع إنما يخير عند رد المشتري المبيع عليه، لا عند الإمضاء، هذا إذا كانت الجناية في يد البائع، وإن كانت الجناية في يد المشتري، وباقي المسألة بحالها، فالبائع على خياره؛ لأن الجناية في يد البائع لما لم يبطل خياره فالجناية في يد المشتري؛ لأن لا يبطل كان أولى، فإن أجاز البيع جاز، ولا يكون للمشتري خيار العيب؛ لأن عند الإجازة يثبت الملك للمشتري من وقت العقد، فظهر أن العيب حدث على ملكه في ضمانه، ولا يكون له الخيار، بخلاف الفصل الأول، ثم يخير المشتري بين الدفع والفداء؛ لأن الجناية لو كانت حاصلة في ملكه، لا في ضمانه، يخير عند استقرار الملك له، فلأن يخير ها والجناية حصلت في ملكه وضمانه كان أولى.

هذا الذي ذكرنا إذا كان الخيار للبائع، فجنى العبد في يد البائع جناية، أو في يد المشتري، فإن كان الخيار للمشتري، وجنى العبد جناية في يد البائع، كان للمشتري خيار العيب لتعيب الشراء في يد البائع، ويبقى خيار الشرط أيضًا؛ لأن في إبقائه فائدة، فإن ولي الجناية، ربما يبرئ العبد من الجناية، فيتمكن المشتري من الرد بخيار الشرط، وإن اختار الأخذ، يخير بين الدفع والفداء، وإن اختار النقض، يخير البائع، وقد مر هذا من قبل.

١٢٤٨٩ - وإن كان الخيار للمشتري، فجنى العبد في يد المشتري في مدة الخيار، لم يكن له أن يرده على البائع؛ لأن العبد تعيب في مدة الخيار، فلا يكون له ولاية الرد، إلا أن تعدى العبد في مدة الخيار لم يكن[1] له أن يرده بخيار الشرط لزوال العيب، وهو بمنزلة ما لو اشترى عبدًا، فحم في مدة الخيار، لا يكون له ولاية الرد، ولو زال الحمى حينئذ، يرده بخيار الشرط، كذا ههنا، ولو لم يفده، واختار الدفع، سقط خيار الشرط، وتقرر العبد على ملكه عند الإقدام على الدفع، فيجب عليه الثمن.

(١) هكذا في الأصل، وكان في النسختين ف ، ز ، م : في مدة الخيار، فحينئذ له أن يرده بخيار الشرط.

الفصل الثالث عشر
في خيار الرؤية

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع منه
في بيان صفته، وحكمه، وموضع ثبوته:

١٢٤٩١ - يجب أن يعلم أن شراء ما لم يره المشتري جائز عندنا، وصورة المسألة أن يقول الرجل لغيره: بعت منك هذا الثوب الذي في كمي هذا، وصفته كذا، والدرة التي في كمي وصفتها كذا، أو لم يذكر الصفة، أو يقول: بعت منك هذه الجارية المنتقبة، وأما إذا قال: بعت منك ما في كمي هذه، أو ما في كفي هذا من شيء، هل يجوز؟ وهذا البيع لم يذكر في المبسوط، قال عامة مشايخنا رحمهم الله تعالى: إطلاق الجواب يدل على جوازه عندنا، ومنهم من قال: لا يجوز ههنا، وللمشتري لما لم يره خيار إذا رآه.

والأصل في جواز هذا العقد قوله عليه الصلاة والسلام: «من اشترى شيئًا لم يره فهو بالخيار إذا رآه»[1] لأن المبيع وإن كان مجهول الوصف [إلا أن الجهالة إنما يفسد العقد باعتبار الإفضاء إلى المنازعة، ألا ترى أن من باع قفيزًا من صبرة يجوز، وإن كان مجهولا؛ لأنه][2] لا يفضي إلى المنازعة، ولا منازعة هنا؛ لأن المشتري بالخيار، فإن وافقه، أخذه، وإلا رده، وهذا الخيار غير مؤقت، بخلاف خيار الشرط؛ لأن ثبوت هذا الخيار عرف بالحديث الذي رويناه، وأنه مطلق، فإنه عليه الصلاة والسلام قال: «فهو بالخيار إذا رآه» لأنه لا يورث بمنزلة خيار الشرط؛ لأن الثابت ليس له إلا ولاية الفسخ والإجازة، وأنه لا يبقى بعد موت العاقد، والإرث إنما يجري فيما يبقى بعد الموت، وهذا الخيار لا يسقط بالإسقاط مقصودًا، حتى لو قال: أسقطت خيار الرؤية، لا يسقط، بخلاف خيار الشرط.

١٢٤٩٢ - ولو باع شيئًا لم يره، بأن ورث شيئًا، ولم يره حتى باعه، جاز البيع، ولا خيار له في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الآخر، وكان يقول أولا: له الخيار، فعلى قوله

(١) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى [١٠٢٠٥-١٠٢٠٦] باب من قال: يجوز بيع العين الغائبة، والدارقطني في سننه (٨): كتاب البيوع، وكعنه الطحاوي في معاني الآثار (٤/ ٣٦٠).

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبت هذه العبارة من النسخة م.

الأول: قاس جانب البائع بجانب المشتري، وعلى قوله الآخر فرق بينهما، وكأنه اعتمد على ما روي أن عثمان رضي الله تعالى عنه باع أرضاً كانت له بالبصرة من طلحة، فقيل لطلحة إنك قد غبنت؟ فقال: لي الخيار؛ لأني اشتريت ما لم أره، وقال عثمان رضي الله تعالى عنه: ولي الخيار؛ لأني بعت ما لم أره، فحكّما جبير بن مطعم، فقضى لطلحة بالخيار، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله تعالى عنهم، ولم ينكر عليه أحد.

١٢٤٩٣ - وفي صرف «القدوري»: وليس في نقراته ومصنوعه خيار الرؤية، وكذلك في سائر الديون؛ لأنه لا فائدة في الرد، فإن العقد لا ينفسخ بردها؛ لأن العقد لم يرد على عينه، وإذا رد قبض ثانياً لا، وإن يثبت خيار الرؤية أيضاً، كما في القبض الأول، فيؤدي إلى ما لا يتناهى، ولو كان شيئاً بعينه، بأن كان إناء، أو تبراً، أو حلياً مصوغاً، فله فيه خيار الرؤية؛ لأن الرد مفيد ههنا؛ لأنه يتعين بالتعيين، وينفسخ العقد فيه بالرد.

١٢٤٩٤ - ولو اشترى عيناً بدين، فالخيار للمشتري، ولا خيار للبائع، ولو تبايعا عيناً بعين، فلكل واحد منهما الخيار؛ لأن الرد من كل جانب مفيد؛ لأن العقد ينفسخ برد كل واحد منهما، ويعود إلى الراد(1) عين ما كان له.

١٢٤٩٥ - وإذا اشترى شيئاً قد كان رآه، ولا يعرفه، بأن رأى ثوباً في يد إنسان، ثم إن صاحب الثوب لفه في منديل، وباعه منه، أو رأى جارية في يد إنسان، ثم إنه منقبة عنده، فاشتراها منه، لم يعلم بأنه ذلك الثوب، وتلك الجارية، فله الخيار إذا رآه بعد ذلك؛ لأنه جاهل بأوصاف المعقود عليه وقت العقد، وهو العلة الموجبة في الخيار.

١٢٤٩٦ - وفي «المنتقى»: إذا عرض على رجل جراب هروي، فنظر إلى كل ثوب، ثم إن صاحب الثوب لف ثوباً من الجراب في منديل، فاشتراه الذي عرض الجراب، فله الخيار إذا رآه، وإن كان بين له صاحب الجراب أنه من ذلك الجراب، حتى ينسبه إلى شيء يعرفه بعينه؛ لأنه جاهل بأوصاف المعقود عليه حالة الشراء، فإنه لا يدري أن الثوب الذي اشتراه جيد أو رديء.

وفي «الأصل»: فيمن أراه ثوبين، وعرضهما عليه، ثم لف أحدهما في منديل، ثم اشتراه منه، ولم يره، ولم يعلم أيهما هو، فهو بالخيار إذا رآه؛ لما ذكرنا أنه جاهل بأوصاف المعقود عليه حالة الشراء، فإنه لا يدري أنه جيد أو رديء، ولو أتاه بالثوبين جميعاً قد لف كل واحد منهما في منديل، وقال: هذين الثوبين اللذين عرضت عليك أمس، فقال: أخذت هذا الثوب

(1) وفي م: ويعود إلى الآخر عين ما كان له.

بعينه بكذا، وهذا الثوب بعينه بكذا، ولم يرهما حالة الشراء، فهو على وجهين: إن كان اشتراهما بثمن واحد، بأن قال: هذا بعشرة، وهذا بعشرة، وفي هذا الوجه لا خيار له؛ لأنه علم بأوصاف المعقود عليه حالة الشراء، حيث سوى بينهما في الثمن؛ لأن ذلك دليل على أنهما كانا مستويين في الوصف، وإذا كانا مستويين في الوصف، كان عالماً بأوصاف المعقود عليه حالة الشراء، وأما إن اشتراهما بثمن مجهول مختلف، بأن قال: هذا بعشرين، وهذا بعشرة، وفي هذا الوجه له الخيار؛ لأن التفضيل في الثمن دليل على أن أحدهما أجود من الآخر، ولم يعلم وقت الشراء أن الذي قابله العشرون جيد أو رديء.

ولو قال: أخذت أحدهما بعشرين، ولم يسم أيهما هو، فإن هذا فاسد؛ لأن المبيع مجهول جهالة توقعهما في المنازعة.

١٢٤٩٧- ولو اشترى شيئاً[1] قد رآه، وعلم وقت الشراء أنه ذلك الشيء[2]، فلا خيار له إلا أن يكون قد تغير عن الحال الذي رآه عليه، وإن ادعى المشتري التغير، فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأن المشتري يدعي عيباً، والبائع ينكر، قالوا: هذا إذا كانت المدة قريبة يعلم أنه لا يتغير في تلك المدة. فأما إذا كانت المدة بعيدة، فالقول قول المشتري؛ لأن الظاهر يشهد له، وبه كان شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى يقول: أرأيت لو كانت جارية شابة رآها، فاشتراها بعد ذلك بعشرين سنة، وزعم البائع أنها لم تتغير، أكان يصدق على ذلك؟ لا شك أنه لا يصدق، وبه كان يفتي الصدر الشهيد حسام الدين والشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمهما الله تعالى، وخيار الرؤية يمنع تمام الصفقة، حتى إن من اشترى من آخر عدل زطي، ولم يره، فقبضه، وحدث بثوب منه عيب في يده، فليس له أن يرد منه شيئاً بخيار الرؤية؛ لأنه عجز عن رد ما تعيب في يده، فلو رد شيئاً من الثاني، تفرقت الصفقة على البائع قبل التمام، وأنه لا يجوز، وكذلك لو لم يحدث عيب في شيء منه، وأراد أن يرد بعض الأثواب دون البعض، ليس له ذلك؛ لأن فيه تفريق الصفقة على البائع قبل التمام، ثم إنما منع خيار الرؤية تمام الصفقة؛ لأنه إنما يثبت بسبب جهالة وصف المعقود عليه، والجهالة أصل المبيع، ووصفه تؤثر في منع الجواز ولزومه، بأن اشترى ثوباً من جملة الثياب لا بعينه، فجهالة الوصف مع العلم بالأصل تؤثر في منع اللزوم، دون الجواز، عملاً بالدليلين بقدر الإمكان، وإذا امتنع اللزوم، لم تكن الصفقة تامة؛ لأن اللزوم من أحكام الصفقة، وليس للمشتري أن يجيز قبل

(١) وفي م: شيئهما.

(٢) وفي ... الشيء.

الرؤية، حتى إذا أجازه، ثم رآه: فله أن يرده، ويجوز له أن يفسخ، وإن لم يره عند عامة المشايخ رحمهم الله تعالى، وهكذا روى بشر بن الوليد عن أبي يوسف في الأمالي، وهكذا ذكر في شرح الطحاوي، وفي القدوري وهو الصحيح.

والفرق وهو أن صحة الفسخ تعتمد عدم لزوم العقد، والعقد هنا غير لازم لتمكن الخلل في الرضاء، أما ولاية الإلزام تعتمد تمام الرضاء، وإنما يتم الرضا بعد العلم بأوصاف المعقود عليه، وأنه لا يتحقق قبل الرؤية، والرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده، حتى لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي، ولا إلى رضى البائع، لكن لا يصح هذا الرد إلا بمحضر من البائع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وأما الرضاء به يصح بعد الرؤية بمحضر من البائع وبغير محضر منه بالاتفاق.

والرضاء به على ضربين: رضاء بالتصريح، ورضاء بالدلالة، فالرضاء بالتصريح أن يقول بعد الرؤية: رضيت أو يقول: أجزت، أو يقول: اخترت، والرضاء دلالة أن يراه ثم يقبضه، أو يراه بعد الشراء، فيقبضه، أو يتصرف فيه بعد الرؤية تصرف الملاك على نحو ما عرف في خيار الشرط، فإذا فعل شيئًا من ذلك، سقط خياره، وهو النوع الثاني من هذا الفصل.

١٢٤٩٨: إذا تصرف المشتري في المبيع قبل الرؤية تصرف الملاك، فهو على وجهين: إن كان تصرفا لا يمكن فسخه بعد وقوعه ونفاذه نحو الإعتاق والتدبير، لزم البيع، وبطل خياره؛ لأنه ملك المشتري قبل الرؤية، فنفذ هذه التصرفات، وبعد نفوذ هذه التصرفات تعذر الفسخ، فيبطل الخيار ضرورة، وكذلك لو تعلق بالمبيع حقا للغير بأن آجر، أو رهن، أو باع بشرط الخيار للمشتري؛ لأن هذه الحقوق مانعة من الفسخ، فيبطل الخيار ضرورة، حتى لو افتك الرهن، أو مضت مدة الإجارة، أو رد المشتري عليه بشرط الخيار، ثم رآه، لا يكون له ولاية الرد، وإن كان تصرفا لم يتعلق به حق الغير، بأن باع بشرط الخيار لنفسه، أو وهب ولم يسلم، أو عرض على البيع، لا يبطل خياره، وإن كانت هذه التصرفات منه بعد الرؤية، بطل خياره.

ذكر القدوري هذه المسألة في كتابه، والفرق بين ما قبل الرؤية وبين ما بعد الرؤية في حق التصرفات التي لم يتعلق بها حق الغير أن خيار الرؤية لم يبطل بهذه التصرفات، إنما يبطل من حيث إنها دليل الرضاء بالإمساك، لا باعتبار تعلق حق الغير، إلا أن خيار الرؤية لا يسقط بتصريح الرضاء قبل الرؤية، فبدليل الرضاء أولى، أما بعد الرؤية يسقط هذا الخيار بصريح

١٢٥٠٢ – وإذا اشترى دارًا، ولم يرها، فبيعت دار بجنبها، فأخذها بالشفعة، فله أن يرد الدار المشتري بخيار الرؤية، رواه إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى.

١٢٥٠٣ – وفي "الأصل": إذا اشترى عدل زطي لم يره، ثم باع ثوبًا منه، ثم نظر إلى ما بقي، ولم يرض به، فليس له أن يرد بخيار الرؤية، فإن عاد ما باع إلى ملكه، هو فسخ من كل وجه، فله أن يرد الكل بخيار الرؤية، إلا على رواية علي بن الجعد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، فإنه يروى عنه أن خيار الرؤية إذا سقط، لا يعود، وإن عاد إليه قديم ملكه، كخيار الشرط.

١٢٥٠٤ – وفي "الأصل": إذا جرح العبد عند المشتري جرحًا له أرش، أو كانت أمة، فوطئها غير المشتري بشبهة، فليس له أن يردها بخيار الرؤية، وإن كان وطئها غير المشتري بطريق الزنا، أو وطئها المشتري، أو كان الجرح من المشتري، فليس له الرد، إلا أن يرضى البائع في المسائل الثلاث، وإذا ولدت ولدًا، فإن بقي الولد، فليس له الرد على كل حال، وإن مات الولد، إن أوجب الولادة نقصانًا ظاهرًا، فليس له الرد، إلا برضاء البائع، وإن لم يوجب نقصانًا ظاهرًا، فكذلك على رواية كتاب المضاربة؛ لأن على رواية كتاب المضاربة الولادة في بني آدم عيب لازم أبدًا.

١٢٥٠٥ – وإن كانت شاة، فولدت في يد المشتري، إن بقي الولد، فليس للمشتري أن يردها على كل حال، وكذلك إن قتل الولد، وإن مات، كان له الرد؛ لأنه لما مات من غير صنع أحد، جعل كأن لم يكن، فالولادة لا تكون عيبًا فيها؛ لأنها لا توجب نقصانًا في البهائم.

ولو أن البائع جرح العبد عند المشتري، أو قتله، ذكر في "الأصل" أنه وجب البيع على المشتري، وعلى البائع القيمة في القتل، والأرش في الجراحة.

وذكر في فصل الجراحة في كتاب الشرب، وقال: على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: يسقط خيار المشتري، ويلزمه البيع، وعلى قول أبي يوسف: لا يسقط خياره، وقال في موضع آخر: على قول أبي يوسف الأول: يسقط خياره، وعلى قوله الآخر: لا يسقط.

وفي "نوادر بن سماعة": أن الخيار لا يسقط، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى.

وفي بعض "النوادر": خيار المشتري يسقط بجراحة البائع عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وعندهما: لا يسقط، قالوا: وهو الصحيح.

ولو أجاز المشتري العقد في بعض المبيع دون البعض، بأن اشترى ثوبين، أو عبدين، أو ما أشبه ذلك، ورآهما بعد ما قبضهما، ورضي بأحدهما، فقال: رضيت بهذا، لم يجز؛ لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام، والخيار على حاله؛ لأن[1] إلزام بقية المبيع، ولم يوجد الرضاء به متعذر، ورد الباقي وحده متعذر؛ لما فيه من تفريق الصفقة، فتعين رد الكل، وصار وجود الإجازة في البعض والعدم بمنزلة، ذكر المسألة على هذا الوجه.

ابن سماعة في «نوادره»: عن محمد رحمه الله تعالى: قال ثمه: ولو لم يقل: رضيت بهذا، ولكن عرض أحدهما على البيع، لم يكن له أن يردهما؛ لأن خيار الرؤية قد سقط حكماً بالعرض على البيع، وما ثبت حكماً لا مرد له، فيلزمه العقد في الآخر ضرورة، قال ثمه: وكذلك لو كانا في يد البائع، فرآهما وقبض أحدهما، فهو دليل الرضاء بهما، وليس له أن يردهما.

وفي «المنتقى»: عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه سوى بين الرضاء بأحدهما وبين عرض أحدهما على البيع [وقال: لا يبطل خياره حتى يرضاهما، أو يعرضهما على البيع، فهذا إشارة إلى أنه لو عرضهما على البيع][2] أنه يبطل خياره، وقد ذكرنا قبل هذا عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن المشتري لو عرض المبيع على البيع أنه لا يبطل خياره.

و[في «القدوري»: عن أبي يوسف لو عرض المشتري بعض المبيع على البيع أنه يبطل خياره][3].

وفي «المنتقى» أيضاً: عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: فيمن اشترى جاريتين، ورآهما، ورضي بإحداهما، فهو رضاء بهما، ولو رأى إحداهما، ورضي بها، لم يكن رضاء بهما.

١٢٤٠٦ - رجلان اشتريا شيئاً لم يرياه، وقبضاه ثم نظرا إليه، فرضي به أحدهما، وأراد الآخر الرد، فليس له أن يرد إلا أن يجتمعا على الرد، وهذا قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وكذلك إذا كان البائع اثنين، والمشتري واحداً، والخيار للبائعين، فنقض أحدهما، وأجاز الآخر، لا يجوز ما لم يجتمعا على الإجازة.

---

(١) لعله لأنه.

(٢) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من «ف» و«م».

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من «ظ» و«م» و«ف».

ولو أن رجلين اشتريا جارية، وقد رآها أحدهما [وأجاز الآخر][1] فقبضاها، ثم نظر إليها الذي لم يرها، وأجمعا على ردها هو وصاحبه، فلهما ذلك، ولو أن الذي رآها قال: قد رضيت، وأنفذت البيع قبل أن يرد الذي لم يرها، كان للذي لم يرده أن يرد جميع المبيع، ورضا شريكه بمنزلة رؤيته.

وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في "الأمالي": اشترى ثوبًا لم يره، فإذا هو قصير لا يقطعه، وأراد أن يرده، فقال له البائع: أره الخياط، فإن قطعك فأمسكه، وإلا فرده، فأراه الخياط، فإذا لا يقطعه، فله أن يرده، وليس هذا كعرضه على البيع، هذا بمنزلة ما لو قال: اذهب به، فإن رضيته، وإلا فرده، وكذلك الخف، والقلنسوة، وكل شيء بمنزلة صغره، أو نقصانه، ولو كان عبدًا، فوجده أعمى، فقال: أريد أن أعتقه عن كفارة يميني، فإن أجزى، وإلا رددته، فله أن يرده، هذا بمنزلة الصغير.

وفي "الفتاوى": سئل أبو بكر عمن اشترى أرضًا، ولها أكار، فزرعها الأكار برضى المشتري، بأن تركها عليه على الحالة المتقدمة، ثم رآها، فليس له أن يردها؛ لأن فعل الأكار بمنزلة فعل المشتري. وعن محمد رحمه الله تعالى فيمن اشترى تمرًا بالري، وهو في قريته، فحمله إلى الكوفة، ولم يكن رآه، هل له أن يرده بالكوفة إذا رآه؟ قال: لا، ولكن يحمله إلى الري، ويرد ثمة.

١٢٥٠٧ - وفي "الفتاوى": إذا اشترى لبنًا على أن يحمله البائع إلى منزل المشتري، وكان ذلك بالفارسية حتى صح البيع، فحمله البائع إلى دار المشتري، ولم يكن رآه المشتري، فأراد أن يرده بخيار الرؤية، ليس له ذلك؛ لأنه لو رده، يحتاج البائع إلى الحمل، فيصير بمنزلة عيب حادث عند المشتري.

١٢٥٠٨ - وفي "المنتقى": رجل باع جارية بألف درهم وعبد، ودفع الجارية، وقبض العبد والألف، فرأى العبد، ولم يكن رآه قبل ذلك، فرده بخيار رؤية؛ جاز رده، ولا ينتقض البيع في جميع الجارية، وإنما ينتقض بحصة العبد فيها، ويرجع بحصة العبد من الجارية إلى بائعها. وأما حصة الألف من الجارية، فلا ينتقض البيع فيها، ولا يعود إلى بائعها.

بشر[2] عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في رجل اشترى كرَّي حنطة، ولم يرهما، فأقال في أحدهما قبل القبض أو بعده، فله خيار الرؤية فيما بقي. والله أعلم.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "ف".

(٢) هكذا في "ف" و"م"، وكان في الأصل والنسخة "ظ": [illegible].

نوع آخر فيما يكون رؤية بعضه كرؤية كله في إبطال الخيار

١٢٥٠٩ - فإذا رأى بعض المبيع، ورضي به، ولم ير الباقي، هل يكون على خياره؟ فالأصل فيه أن غير المرئي إذا كان تبعًا للمرئي، فليس له رد غير المرئي[1]، وإن كان رؤية المرئي لا يعرف حال غير المرئي؛ لأن التبع حكمه حكم المتبوع، فيعتبر مرئيًا تبعًا للمرئي، وإذا سقط الخيار في الأصل سقط في التبع.

١٢٥١٠ - بيانه: إذا اشترى جارية أو عبدًا، ورأى وجهه، ورضي به، لا يكون له الخيار بعد ذلك، ولو رأى ظهرها، وبطنها، ولم ير وجهها، فله خيار الرؤية؛ لأن سائر الأعضاء في العبيد والجواري تبع للوجه، ألا ترى أنه يتفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوي في سائر الأعضاء، في الدواب، يشترط النظر إلى مقدمها ومؤخرها، هكذا ذكر القدوري، قال: لأنه في العادة عند شراء هذه الأشياء ينظر إلى مقدمها ومؤخرها، ولا يلتفت إلى شيء آخر، فصار ذلك أصلاً، وغيره تبعًا، وذكر في موضع آخر: أن عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يعتبر النظر إلى مقدمها ومؤخرها، وعند محمد يعتبر النظر إلى مؤخرها لا غير.

وفي "المنتقى": قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: وفي الدواب يسأل النخاسون، فإن قالوا: يحتاج مع النظر إلى الوجه، والتكفل إلى النظر إلى مؤخرها لنقصان كان في مؤخرها من غير عيب، فله الخيار ما لم ينظر إلى مقدمها ومؤخرها، وإن كان مؤخرها لا يكون فيه نقصان من غير عيب، فنظر إلى المقدم، لا يكون له خيار بعد ذلك، وإن كان إذا نظر إلى مؤخرها، لا يحتاج إلى النظر إلى مقدمها؛ لأنه لا يكون في مقدمها نقصان من غير عيب، لم يكن له خيار إذا نظر إلى مؤخرها.

١٢٥١١ - وعن محمد رحمه الله تعالى: في الدواب أنه يحتاج إلى النظر إلى وجهها أو جسدها، والنظر إلى قوائمها لا يكفي، وعن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: في البرذون والحمار والبغل يكفي أن يرى شيئًا منه، إلا الحافر والذنب والناصية؛ وفي الشاة القنية لا بد من النظر إلى ضرعها وسائر جسدها، وفي شاة اللحم لا بد من الجس حتى يتبين به الهزال والسمن، وفي الملبوس إن كان شيء مقصودًا منه، كالوجه في المعافر، وموضع العلم في بعض

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

الثياب ، فلا بد من النظر إلى ذلك الموضع لسقوط الخيار ، كما روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أوإن لم يكن شيء منه مقصوداً ، كالكرباس إذا نظر إلى ظاهره مطوياً ، فلا خيار له بعد ذلك ؛ لأن التفاوت بين الوشي وغير الوشي في الكرباس وأمتعته يسير ، وإن وجد الباقي مثل ما رأى ، فلا خيار له ، وإن وجده دونه ، فله الخيار ، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله [١] : إذا اشترى جراب مروي ، فأراه من كل ثوب قطعة ، فلا خيار له ، وإلا له الخيار ، قال هشام : قلت لمحمد : إذا كان المشتري طنفسة ، فرأى أسفلها ، ولم ير وجهها وموضع الوشي منها . قال : لا خيار له ، قال . هذا شيء واحد ، وقد ذكرنا قبل هذا بخلافه .

وروى عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه : فيمن اشترى بساطاً أن له الخيار حتى يرى جميعه ، وما كان له وجهان من ثوبين مختلفين ، فإنه يشترط لرؤية كلا الوجهين ، وعند محمد رحمه الله تعالى فيمن اشترى جبة مبطنة ، ورأى بطانتها ، ورضي بها ، لا يبطل خياره حتى يرى الظهارة ، يريد به إذا كان بطانتها دون ظهارتها ، وكذلك الحكم في كل شيء مبطن بطانته دون ظهارته ، وأما السمور وكل شيء بطانته أرفع ، وأكثر ثمناً من ظهارته ، فرأى البطانة ، ورضي بها ، بطل خياره ، إلا أن تكون البطانة قائمة ، فحينئذ يشترط رؤيتها .

١٢٥١٢ - وفي فتاوى النسفي : إذا اشترى مكاعب ، وقد جعل وجوه المكاعب بعضها إلى بعض ، فنظر المشتري إلى ظهورها ، لا يبطل خيار الرؤية ، ولو نظر إلى وجوهها ، ولم ينظر إلى الصرم ، يبطل خيار الرؤية ؛ لأن الوجه أصل ، والصرم تبع .

١٢٥١٣ - ولو اشترى رحاً بأداتها ، ومن أداتها شيء مباين لم يره ، فله الخيار إذا رآه ويرد الكل [وكذلك إذا اشترى سرجاً بأداته ، ورأى السرج ، ولم ير اللبد ، فله الخيار إذا رآه ويرد الكل] [٢] .

١٢٥١٤ - وإن كان المشترى داراً إذا رأى حيطانها ، ولم ير داخلها ، رضي به ، فلا خيار له بعد ذلك ، قالوا : وهذا إذا لم يكن جوف الدار أبنية ، أو كان إلا أنه لا يختلف أبنية ذلك الموضع ، بل يكون على تقطيع واحد ، وأما إذا كان داخل الدار أبنية ، ويختلف أبنية دون ذلك الموضع ، فله الخيار ، وما ذكر من الجواب في الكتاب فذلك بناء على عادة أهل الكوفة وبغداد ، فإن أبنية دورهم لا تختلف ، وقال زفر : لا يبطل الخيار حتى يرى شيئاً من أرض داخلها ، أو

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف .

شيئاً من أرض الدار، وقال الحسن: لا يبطل الخيار حتى يدخل، ويتأمل جوانبها، وشجرها، وبعض مشايخ رحمهم الله تعالى من أهل زماننا قالوا في البيت الصغير وهو الذي لا مبنى عليه خاصة: إذا رأى خارج البيت، ورضي به، بطل خياره، كما هو جواب الكتاب، وفي الدور يعتبر رؤية داخلها، وهو جواب المشايخ رحمهم الله تعالى.

وقالوا أيضاً: وفي الدور رؤية ما هو المقصود، حتى أنه إذا كان في الدار بيتان شتويان، وبيتان صيفيان، وسطحان، يشترط رؤية الكل، كما يشترط رؤية صحن الدار، ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو إلا في بلد يكون العلو مقصوداً، كما في سمرقند، وبعضهم شرطوا رؤية الكل، وهو الأظهر والأشبه، وإن كان المشتري بستاناً، يشترط رؤية رؤوس الأشجار، ويكتفى به؛ لأن برؤية رؤوس الأشجار يعرف حال الباقي، وفي كتاب القسمة لم يشترط رؤية رؤوس الأشجار أيضاً، وصورة ما ذكر ثمة إذا اقتسما بستاناً وكرماً، وأصاب أحدهما البستان، وأصاب الآخر الكرم، ولم ير واحد منهما ما نال أصابه، ولا رأى جوفه، ولا نخله، ولا شجره، لكنه رأى الحائط من ظاهره، فلا خيار لواحد منهما، فقد اكتفى برؤية ظاهر الحائط، ولم يشترط رؤية رؤوس الأشجار؛ ويجب أن يكون الجواب المذكور في البستان بناء على عادة بلادهم، أما في بلادنا، لا يكتفى برؤية ظاهر حائط البستان، ولا برؤية رؤوس الأشجار، ويشترط رؤية داخل الكرم؛ لأن داخل الكرم في بلادنا يتفاوت تفاوتاً فاحشاً، وإن كان المبيع أشياء، فمن العدديات المتفاوتة، نحو الثياب التي اشتراها جراباً، والبطيخ الذي يكون في السريحة، وغير ذلك، لا بد من رؤية كل واحد، وإذا رأى البعض فهو بالخيار في الباقي؛ لأن كل واحد مقصود، وبرؤية المرئي[1] لا يعرف حال الباقي، ولكن إن أراد الرد، يرد الكل تحرزاً عن تفريق الصفقة على البائع قبل التمام، وفي العدديات المتقاربة، نحو الجوز والبيض، رؤية البعض يكفي إذا وجد الباقي مثل المرئي أو فوقه؛ لأن برؤية البعض [تعرف حال الباقي، والمكيل والموزون نظير العدديات المتقاربة، يكتفى فيه برؤية البعض][2] إذا كان في وعاء واحد بلا خلاف، وإذا كان في وعائين، فرأى ما في أحد الوعائين، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، قال مشايخ العراق: إذا رضي بما رأى، يبطل خياره في الكل إذا وجد ما في الوعاء الأخير مثل ما رأى، أو فوقها، أما إذا وجد دونه، فهو على خياره، ولكن إذا رد يرد الكل، وهو الصحيح.

---

(١) وفي النسخة م: وبرؤية المشتري.

(٢) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وأثبتناه من ط و م و ب.

١٢٥١٥ - وفي «المنتقى» : رجل اشترى من آخر حنطة في بيتين متفرقين، فرأى ما في أحد البيتين، ورضي به، ثم رأى ما في البيت الآخر، فلم يرض به، فإن كان طعامًا واحدًا، لزمه البيع فيهما، وإن كان الذي رآه خيرًا، لبس من الطعام الذي رآه أولا، فله أن يرده عليه، قال : وكذلك الكيل كله، والوزن كله.

١٢٥١٦ - وفيه أيضًا : إذا اشترى زقين من السمن، أو الزيت، أو العسل، أو حملين من القطن، أو الحناء، أو الشعير، أو شيء من الحبوب، ورأى أحدهما، ورضي به، فليس له أن يرد، إلا أن يكون مخالفًا للأول، فحينئذ يأخذهما، أو يردهما، وهذه المسائل تؤكد قول مشايخ العراق، وإن قال المشتري في أحد الفصول : لم أجد الباقي على الصفة التي رأيت المرئي، بل هو دونه، وقال البائع : لا، بل وجدته على تلك الصفة، فالقول قول البائع مع يمينه، وعلى المشتري البينة، وإن كان المعقود عليه شيئًا مغيبًا في الأرض، كالثوم، والبصل، والسلجم، والجزر، والفجل، فإن كان شيئًا يكال، أو يوزن بعد القلع، كالجزر، والثوم، والبصل، فإذا قلع المشتري شيئًا منه بإذن البائع، أو قلع البائع، ورضي به المشتري، سقط خياره فيما بقي، وإن قلع المشتري ذلك بغير إذن البائع، سقط خياره، حتى لم يكن له أن يرد، رضي بالمقلوع، أو لم يرض، وجد في ناحية الأرض أقل منها، أو لم يجد شيئًا، إذا كان المقلوع شيئًا له ثمن، وإن كان المقلوع شيئًا لا ثمن له، لا يسقط خياره؛ لأن بالقلع صار معيبًا؛ لأنه حي ينمو، وبعد القلع صارت من الموات لا ينمو، والعيب الحاصل في يد المشتري يمنع الرد بخيار الرؤية، فيمتنع الرد، إلا إذا كان المقلوع شيئًا لا ثمن له، حينئذ وجوده وعدمه بمنزلة، فكأنه لم يقلع شيئًا، وإن كان ذلك شيئًا يباع عددًا كالفجل، فرؤية البعض لا يبطل خياره فيما بقي إذا حصل القلع من البائع، أو من المشتري بإذن البائع، وإن كان قلع المشتري بغير إذن البائع، وكان المقلوع شيئًا له ثمن سقط خياره لأجل العيب، هكذا ذكر في الأصل، وفي القدوري : إذا اشترى شيئًا مغيبًا في الأرض، كالجزر، والبصل، فله الخيار، وإذا رأى جميعه، وإن رأى بعضه، ورضي به، فهو على خياره في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : إذا قلع شيئًا يستدل به على الباقي في عظمه، ورضي به المشتري، فهو لازم.

١٢٥١٧ - وفي «نوادر هشام» : قال : سألت محمدًا رحمه الله تعالى عن رجل اشترى عشرة أجربة جزر في الأرض، وقبض ما في الأرض، وبعث الغلام، وأمره بقلع الجزر، فقلع

الأشياء مما يعرف بعض أوصاف المبيع[١] ، فيقوم مقام النظر حالة العجز ، كما تقام الإشارة من الأخرس مقام النطق ، للعجز ، فأما الوصف فلا بد من صفته ، وبيان طوله ، وعرضه ؛ لأنه أقصى ما يمكن به على أوصافه ، ويسقط اعتبار النظر كان لضرورة العجز ، ولا ضرورة في الأقصى ، فيعتبر .

١٢٥٢٣ - وإذا اشترى الثمر على رؤوس النخل ، يعتبر الوصف ؛ لأنه هو الممكن ، وكذلك العقار ، وفي بعض النسخ : الحائط والبستان ، وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ، أنه يوقف في مكان لو كان بصيرًا يراه ، حصل له العلم ، وفي الحقيقة لا اختلاف بين الروايات ، والمنظور في الروايات كلها أقصى ما يمكن .

وعن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه : أنه يوكل بصيرًا حتى يقبضه الوكيل ، وهو ينظر إليه ، وهذا على أصله مستقيم ، فإنه عنده الوكيل بالقبض يملك إسقاط خيار الرؤية على ما يبين بعد هذا إن شاء الله تعالى .

ولو وصف له ، ثم أبصر ، فلا خيار له ؛ لأن العقد قد تم حين وصف له ، وسقط الخيار ، فلا يعود بعد ذلك .

١٢٥٢٤ - ولو اشترى البصير ، ثم عمي ، انتقل الخيار إلى الصفة ؛ لأن المعنى الناقل للخيار من النظر إلى الصفة العجز ، وهو هنا كونه أعمى وقت العقد ، وصيرورته أعمى بعد العقد قبل الرؤية سواء .

نوع آخر
في الاختلاف في الرؤية:

١٢٥٢٥ - إذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري ، فالقول قول المشتري مع يمينه ؛ لأن البائع يدعي عليه أمرًا حادثًا ، وهو لزوم العقد بسبب حادث ، وهو الرؤية ، والمشتري ينكر ، فالقول قول المنكر .

ولو أراد المشتري أن يرده ، فقال البائع : ليس هذا هو الذي بعتك ، وقال المشتري : هو ذاك ، فالقول قول المشتري ؛ لأنه في خيار الرؤية المشتري ينفرد بالفسخ ، فينفسخ العقد بقول المشتري ، وبقي الاختلاف في المقبوض ، فيكون القول فيه قول القابض ، كما في باب الغصب

(١) في النسخة م : أوصاف المعقود عليه

والمدبغة، وما أشبه ذلك.

١٢٥٣٦ - وإن كان المشتري محدوداً، وأقر المشتري بقبض محدود المشتري، ثم قال بعد ذلك: لم أر جميع المحدود، لا يقبل قوله؛ لأن القبض في المحدود لا يكون بدون الرؤية، فالإقرار بقبض محدود المشتري ينفي دعواه عدم الرؤية في بعضه.

نوع آخر
في الوكيل والرسول:

١٢٥٣٧ - قال محمد رحمه الله تعالى في «الجامع الصغير» عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: إذا اشترى طعاماً لم يره، ووكل وكيلاً بقبضه، فقبضه الوكيل بعدما رآه، ونظر إليه، فليس للمشتري أن يرده إذا رآه، ولو أرسل رسولاً فقبضه الرسول بعدما رآه ونظر إليه، فللمشتري أن يرده، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: الوكيل والرسول سواء، وللمشتري أن يرده إذا رآه إن شاء، وإن شاء أخذه.

١٢٥٣٨ - أصل المسألة أن الوكيل بالقبض يملك إبطال خيار الرؤية عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وعندهما لا يملك، وإنما يملك إبطاله عند أبي حنيفة رحمه الله [(1) بأن يقبضه، وهو ينظر إليه، فأما إذا قبضه مستوراً، ثم أراد بعدما نظر إليه إبطال الخيار قصداً، فليس له ذلك]، وجه قولهما: إن التوكيل يتناول القبض، وإبطال خيار الرؤية ليس من القبض في شيء، ولهذا لا يملك إبطاله مقصوداً، ولهذا لا يملك إبطال خيار الشرط، ولا إبطال خيار العيب، ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: أن التوكيل بالشيء توكيل بما هو من تمامه، ألا ترى أن التوكيل بالخصومة توكيل بالقبض الذي هو من تمام الخصومة، وإتمام القبض بإبطال خيار الرؤية؛ لأن تمام القبض بتمام الصفقة، والصفقة لا تكون تامة مع خيار الرؤية، فتضمن التوكيل بالقبض توكيلاً بالرؤية المسقط للخيار، بمقتضى تتميم القبض [لا مقصوداً، فيملك إسقاط الخيار بمقتضى تتميم القبض] (2)، ولم يملك إسقاطه مقصوداً لهذا.

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم.

(2) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم.

وأما خيار الشرط، فقد ذكر القدوري رحمه الله تعالى: أن من اشترى شيئًا على أنه بالخيار، فوكل وكيلا بقبضه، فقبضه بعد ما رآه، فهذا على هذا الخلاف أيضًا، ولكن [illegible] فلأن خيار الشرط لا يحتمل البطلان بمقتضى تتميم القبض، ولهذا لا يبطل خيار الشرط في قبضه المشتري بنفسه، وأما خيار العيب، فقد ذكر الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: أنه يبطل بقبض الوكيل بالقبض. والصحيح أنه لا يبطل، وإليه أشار في الأصل؛ لأنه لا يمنع تمام القبض، ولا تتضمن التوكيل بالقبض توكيلا بإبطال خيار العيب.

وأما الرسول فقالا: الرسول ليس إليه إلا تبليغ الرسالة، أما تتميم ما أرسل به إلى المرسل، لا إلى الرسول؛ هذا هو الكلام في الوكيل بالقبض، أما الوكيل بالشراء فرؤيته كرؤية الموكل بالاتفاق، بخلاف الرسول بالشراء، فإن رؤيته لا تكون كرؤية المرسل، فإذا وكل إنسانًا، أو أرسله في الشراء حتى رآه، ثم اشتراه الموكل أو المرسل بنفسه، يثبت له خيار الرؤية.

١٣٥٢٩ - وإذا اشترى شيئًا لم يره، ثم قال لغيره: إني اشتريت سلعة، فاذهب، وانظر إليها، فإن كان تصلح، فرضي بها، فخذها، أو قال: فإن رضيت بها، فخذها، فذهب، فرضي. ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في باب الخيار بغير شرط: أن هذا لا يجوز، ورأيت في موضع آخر أن هذا لا يجوز عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، وأما على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه إن قيل: يجوز، فله وجه، وإن قيل: لا يجوز، فله وجه. الوكيل بالشراء إذا اشترى شيئًا لم يره، وقد كان رآه الموكل، ولم يعلم به الوكيل، يثبت للوكيل خيار الرؤية. ذكره شيخ الإسلام في شرح كتاب المضاربة.

الفصل الرابع عشر
في العيوب

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

نوع منه في معرفة العيب:

١٢٥٣٠ - قال القدوري في كتابه : كل ما يوجب نقصاناً في الثمن في عادات التجار ، فهو عيب ، لأن المالية مقصودة في البيع ، وما ينقص الثمن ينقص المالية ، فكان عيباً .

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله تعالى : أن ما يوجب نقصاناً في العين من حيث المشاهدة والعيان ، فهو عيب ، وذلك كالشلل في أطراف الجواري ، والهشم في الأواني ، وما لا يوجب نقصاناً في العين من حيث المشاهدة والعيان ، ولكن يوجب نقصاناً في منافع العين ، فهو عيب أيضاً ؛ لأن الأعيان يقصد بها المنافع ، وما لا يوجب نقصاناً في العين ، ولا في منافع العين ، إلا أن يعتبر فيه عرف الناس ، إن عدوه عيباً ، كان عيباً ، وما لا ، فلا .

١٢٥٣١ - إذا ثبت هذا ، فنقول : العمى ، والعور ، والحول ، والإصبع الزائدة ، والناقصة عيب ؛ لما قلنا ، والولادة القديمة ليست بعيب على رواية كتاب البيوع ، وعلى رواية كتاب المضاربة عيب ، حتى إن من اشترى جارية قد ولدت عند البائع ، لا من البائع ، أو عند بائع البائع ، ولم يعلم المشتري بذلك وقت العقد ، فعلى رواية كتاب البيوع ليس له أن يردها بخيار العيب إذا لم يتمكن بسبب الولادة نقصان ظاهر ، وعلى رواية كتاب المضاربة يردها ، وإن لم يكن بسبب الولادة نقصان ظاهر ، وفي البهائم لا يرد ما لم يكن بسبب الولادة نقصان ظاهر باتفاق الروايات ، والحبل في الجارية عيب يزول بالولادة على رواية كتاب البيوع ؛ لأن على رواية كتاب البيوع نفس الولادة ليس بعيب ، فإذا قبضها ، ووجدها حاملاً ، فولدت ، فلا رد ، ولا رجوع ، إلا أن يتمكن بسبب الولادة نقصان ظاهر .

١٢٥٣٢ - وفي البهائم الحبل ليس بعيب ، وترك الختان في الجارية والغلام ليس بعيب إذا كانا مجلوبين ، سواء كانا صغيرين أو كبيرين ؛ لأن الكفار لا يختتنون ، وإن كانا مولودين ، فإن كانا صغيرين ، فكذلك ، وإن كانا كبيرين ، فهو عيب ؛ لأنه لا يمكن أن يترك كذلك ، والختان في الكبير يوجب زيادة ألم ، فيوجب نقصاناً في الذات ، والمراد من الكبير البالغ ، والزنا في الجارية عيب ، وليس بعيب في الغلام ، إلا أن يكون مدمناً على ذلك ، وهذا لأن الاستفراش

والاستحاضة عيب أيضاً؛ لأنه علامة المرض، ولا يقبل قول الأمة في الفصلين جميعاً، إلا رواية عن محمد رحمه الله تعالى، والكفر عيب في الجوري، والعبيد؛ لأن المسلم لا يأمنه على نفسه، ولا على المصالح الدينية من اتخاذ ماء الطهارة، وحمل المصحف، وكذلك في المعاملات؛ لأنه ربما يؤكله من الحرام.

والبخر عيب، وهو الانتفاخ تحت السرة، والأدر عيب، وهو عظيم الخصيتين. وسيلان الماء من المنخر عيب [والعسر وهو أن يعمل بيساره، ولا يعمل بيمينه- عيب، والسن السوداء، والخضراء عيب، وفي الصفراء][1] اختلاف الروايات، والغناء في الجارية التي تتخذ أم ولد عيب، والعدة عن الطلاق الرجعي في الجارية عيب، وعن الطلاق البائن ليس بعيب، والإحرام في الجارية ليس بعيب؛ لأن المشتري يتمكن من إزالته من غير مؤنة تلحقه، وهذا هو الأصل أن كل عيب يتمكن المشتري من إزالته من غير مؤنة تلحقه، وكان المبيع بحال إذا أزيل العيب عنه، لا ينتقص، فهو ليس بعيب يوجب الرد، كما في مسألة الإحرام، وكما إذا اشترى ثوباً نجساً، ولم يعلم به، ثم علمه، وكان الثوب بحال إذا غسل لا ينتقص الثوب، لا يكون له حق الرد، على ما هو المختار للفتوى في تلك المسألة [وسيأتي مسألة الثوب النجس بعد هذا][2]، والعنة والخصاء عيب، ذكره في "العيون". والسن الساقط عيب، ضرساً كان أو غيره، هو الصحيح.

١٢٥٣٧- والظفر الأسود عيب إذا كان ينقص الثمن، والثؤلول والخال كذلك عيب إذا كان ينتقص الثمن، والمصهوبة في الشعر، وبفارسيته: توري، وقيل فارسيته: خر ماكون عيب.

١٢٥٣٨- والتخنث في الغلام عيب، حتى لو وجده مخنثاً، رده بالعيب؛ لأن هذا مما يعده التجار عيباً، قالوا: وهذا إذا كان التخنث من حيث العمل القبيح يأتي بالأفعال القبيحة، أما إذا كان التخنث من حيث الشبة والقول، لا يرد؛ لأنه لا يعد عيباً، وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي يحكي عن أستاذه هذا إذا كان تخنثاً في الردي، من أفعاله، حتى كان يخالط النساء، ويفسدهن، أما إذا كان به نوع رعونة، ونوع تخنث للين في صوته، وتكسر في مشيه، فإن كان ذلك يسيراً، لا يكون عيباً، وإن كان فاحشاً، يكون عيباً، والغش عيب،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

وفي ما دون الدرهم نحو فلس، أو فلسين، أو ما أشبه ذلك ليس بعيب، والعيب في السرقة لا يختلف بين أن يكون من المولى، أو من غيره إلا في المأكولات. فإن سرقة ما يؤكل من المولى لأجل الأكل لا يعد عيباً، ومن غير المولى يعد عيباً، وسرقة ما يؤكل لا لأجل الأكل، بل لأجل البيع عيب من المولى وغيره كسرقة الدراهم والدنانير.

١٢٥٤١ - إذا نقب البيت، ولم يختلس، فهو عيب، والإباق فيما دون السفر عيب بلا خلاف بين المشايخ، وتكلموا في أنه هل يشترط الخروج من البلدة، وهذا لأن الإباق إنما كان عيباً؛ لأنه يوجب فوات المنافع على المولى، وفي حق هذا المعنى السفر، وما دون السفر سواء.

١٢٥٤٢ - وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: في رجل اشترى أمة، وأبقت عنده، ثم وجدها، واستحقها مستحق ببينة، فذلك الإباق لازم لها أبداً، وكذلك لو أبقت من رجل كانت عنده بإجارة، أو عارية أو وديعة.

وإن أبقت من الغاصب إلى مولاها، فهذا ليس بإباق، وإن أبقت، فلم ترجع إلى الغاصب، ولا إلى المولى، وهي تعرف منزل مولاها، وتقدر على الرجوع إليه، فهو عيب، وإن كانت لا تعرف منزل مولاها، أو لا تقدر على الرجوع إليه، فليس بعيب.

وإن أبقت في دار الحرب من الغنم قبل أن يقسم، ثم ردت إلى الغنم، فهذا ليس بإباق، وإن بيعت في الغنم، أو قسمت فوقعت في سهم رجل، فأبقت في دار الحرب تريد الرجوع إلى أهلها، أو لا تريد، فهو إباق وهو عيب.

١٢٥٤٣ - ثم اختلف المشايخ رحمهم الله في فصل الجنون أن معاودة الجنون في يد المشتري هل هو شرط الرد؟ بعضهم قالوا: إنها ليست بشرط، بل إذا ثبت وجوده عند البائع، يرده به، وإليه مال شمس الأئمة الحلواني، وشيخ الإسلام خواهر زاده، وهو رواية «المنتقى»، فقد نص في «المنتقى»: أنه إذا جن في صغره، أو كبره مرة واحدة فذلك فيه عيب أبداً، عاوده أو لم يعاوده.

وفي «الجامع الصغير» يقول: الجنون عيب أبداً، وهذا لأن سبب الجنون أن يحل الدماغ، وهي إذا تمكنت لا يزول، هكذا قال أهل الطب، وإذا تعيب في نفسه كان للمشتري حق الرد، وإن لم يجن في يده، وبعض مشايخنا قالوا: المعاودة في يد المشتري شرط، وهو المذكور في «الأصل».

وفي «الجامع الكبير»: إذ ليس من ضرورة هذه الآفة بقاؤه، والله تعالى قادر على أن

السبب][١] ، فإن اختلاف السبب يوجب اختلافًا في الحكم.

٢٦٤٨ - في "فتاوى الفضلي" : اشترى عبدًا، فأصابه في يد المشتري حمى، وقد كان أصابه في يد البائع؛ فإن أصابه في يد المشتري لوقته، فله الرد؛ لأنه إذا أصابه لوقته علم أنه تولد بالسبب الذي كان يتولد عند البائع، وأن ذلك الحمى بعينه حكمًا، وإن أصابه لغير وقته لا يرده؛ لأنه تولد من سبب آخر، فكان حمى، فلا يكون له الرد.

٢٦٤٩ - وإذا اشترى جارية ثيبًا على أن البائع لم يطأها، ثم ظهر أن البائع قد كان يطأها قبل البيع، فليس له الرد، في "الزيادات" في باب ... والمسألة في "الشرح".

٢٦٥٠ - وفي "الزيادات" : إذا اشترى جارية فوجدها محترقة الوجه، بحيث لا يستحسن بها قبح، ولا جمال، كان له حق الرد لفوات صفة السلامة، فإن امتنع الرد بسبب من الأسباب، قومت محترقة الوجه كما هي، وقومت صحيحة غير محترقة الوجه، ولكن على القبح لا على الجمال، فيرجع بفضل ما بينهما، وإنما قومت على القبح لا على الجمال: لأن المستحق بالعقد السلامة عن العيوب دون الجمال، ألا يرى أنه لو اشترى جارية، فوجدها قبيحة، وهي سليمة عن العيوب، لا يكون له حق الرد بسبب العيب، وهذه المسألة نص على أن القبح من الجمال ليس بعيب.

٢٦٥١ - رجل اشترى من آخر غلامًا تركيًا به ورم، فقال البائع: إنه ورم حادث أصابه ضرب، فتورمه، وليس بقديم، فاشتراه المشتري على ذلك، ثم ظهر أنه قديم، فليس له أن يرده؛ لأنه رأى العيب، ورضي به، وكل عيب قديم حدث في قوله، وكذلك إذا قال البائع: إن كان قديمًا، فضمانه علي، ثم تبين أنه قديم، فليس له الرد، وكذلك إذا اشترى على أنه حديث، فإذا هو قديم، ليس له الرد، ذكر هذه المسألة في "فتاوى الفضلي".

قيل: المسألة مشكلة، فإنه إذا اشترى غلامًا به حمى، فقال البائع: إنه غب، واشتراه على ذلك، فإذا هو ربع، أو على العكس، فإنه يرده، وهذا الإشكال ليس بشيء؛ لأن هناك عاين العيب ورضي به، فقد ظهر الربع، والربع غير الغب، لاختلاف مدتيهما، ألا ترى أنه يختلف النوبة، والذي ظهر لم يعاينه، ولم يرض به، وأما الورم بعينه الصفة قد يكون قديمًا، وقد يكون جديدًا[٢].

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م و ب.

(٢) هكذا في النسخ الثلاث، وكان في الأصل "حديثًا".

وقد وقعت في زماننا واقعة في جنس مسألة الورم، فقد باع واحد من الفقهاء فرسًا وقد ظهر بإحدى رجليه قرحة من أثر الجبار، فقال البائع: هي قرحة أخرى غير الجبار، واشتراه على ذلك، ثم ظهر أنه كان أثر الجبار، فأفتى ظهير الدين المرغيناني رحمه الله تعالى أن المشتري ليس له الرد، وقاسه على مسألة الورم.

١٢٥٥٢ - وفي صلح الفتاوى: إذا اشترى جارية وبها قرحة، وظن المشتري أنها غير عيب، فله الرد، وهذه المسألة بخلاف مسألة الورم؛ لأنه إذا لم يعلم أن هذه القرحة عيب، لا يكون راضيًا بالعيب.

والصحيح من الجواب في مسألة القرحة أنه إن كان عيبًا بيّنًا لا يخفى على الناس، لا يكون له الرد؛ لأنه قد رضي بالعيب، وإن لم يكن عيبًا بيّنًا، فله الرد.

١٢٥٥٣ - وفي صرف القدوري: إذا قال: أبيعك هذه الدراهم، وأراه إياها، ثم وجدها زيوفًا، فله أن يستبدلها، إلا أن يقول: هي زيوف، أو تبرأ من عيبها، ومن جنس مسألة الورم مسائل ذكرها في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى، صورتها: إذا اشترى من آخر سويقًا على أن البائع لته بمن من السمن، والمشتري ينظر إليه وقت الشراء، ثم ظهر أنه لته بنصف من من السمن، فلا خيار للمشتري؛ لأن هذا شيء يعرف بالعيان، وهو معاين مرئي، وهو نظير ما لو اشترى من آخر صابونًا على أنه متخذ من كذا من الدهن، فظهر أنه متخذ بأقل من ذلك، والمشتري ينظر إليه وقت الشراء، أو اشترى من آخر قميصًا على أنه متخذ من عشرة أذرع من كرباس، فظهر أنه متخذ من أقل من ذلك، والمشتري ينظر إليه وقت الشراء، فإنه لا خيار للمشتري، والمعنى ما ذكرنا.

نوع آخر منه في معرفة عيوب الدّواب:

سئل شمس الإسلام الأوزجندي رحمه الله تعالى عمن اشترى ثورًا فوجده قليل الأكل، يقال بالفارسية: كم خوار، قال: له الرد، ولو وجده بطيء الذهاب، يقال بالفارسية: كاهل، فليس له الرد، إلا إذا اشتراها بشرط أنها عجول.

وفي الفتاوى: اشترى بقرة، فوجدها لا تحلب، إن كان مثلها يشترى للحلب، فله الرد؛ لأن هذا يرى كالشرط، وإن كان يشترى للحم، لا يرد.

١٢٥٥٤ - وفي المنتقى: إن كانت الدابة تعض الناس، فهو عيب، وإن كان في الأحايين. فمحمد ذكر في الأصل: الحنف عيب، وهو يبس في اليد، أو في الرجل،

أو في الرفق، والحيف عيب، وهو تداني القدمين، وتباعد الفخذين، قيل : هو خلاف[1] العينين، وهو أن تكون إحداهما زرقاء، والأخرى غير زرقاء، والعزل عيب، وهو ميلان في الذنب، والسيس عيب، وهو شيء يخرج في ساق الدابة، يكون له حجم، وليس له صلابة.

١٢٥٥٥ - والجرذ -بالذال- عيب، وهو كل ما حدث في عرقوبه من مزيد، أو انتفاخ عصب، والعرقوب[2] تانوايسين، وخلع الرأس عيب [وهو أن يكون له حلية يخلع رأسه من العذار، وإن شدّ عليه، وبل المخلاة عيب][3]، وإن كان ينقص الثمن، والمهقوع عيب، فسّره في الأصل، فقال : مأخوذ من الهقعة، وهي الدائرة[4] التي تكون في صدره من جانب الأيسر، ويكون تلك انتصاب يتشاءم به، وفسّر في "المنتقى" فقال : المهقوع الذي إذا سار يسمع ما بين خاصرته وفرجه صوت.

١٢٥٥٦ - والانتشار عيب، وهو الانتفاخ في العصب[5] عند الإتعاب، وقيل : هو اتساع سواد العين حتى كاد يأخذ البياض كله، وإذا كانت الدابة تأكل الذباب، فقد ذكر في موضع من "المنتقى" إذا كانت تأكل الكثير، فهو عيب، وإن كان تأكل في بعض الأحايين، فليس بعيب.

وذكر في موضع آخر منه أن محمداً رحمه الله تعالى : سئل عن الشاة تأكل الذباب، فلم يره عيباً يرد عنه.

١٢٥٥٧ - إذا اشترى خفين، فوجدهما ضيقان لا يدخل رجله فيهما، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالى في شرح بيوعه أنه كان لا يدخل في رجله لعلة في رجله، لا يرد، وإن كان لا يدخل لا لعلة في رجله، يرد.

وذكر في "فتاوى الفضلي" : أنه إذا اشتراهما ليلبسهما، فله الرد، وإن اشتراهما لا ليلبسهما، لا يرد، وكان القاضي الإمام علي السغدي رحمه الله تعالى يفتي بالرد، اشتراهما للبس، أو لغير اللبس، فإن وجد أحدهما أضيق من الآخر، فإن كان خارجاً عما عليه خفاف

---

(١) هكذا في الأصل، وكان في النسخة "ظ" : عيلان، وفي النسختين "م" و"ف" : خلاف.

(٢) هكذا في النسخة "م"، وكان في الأصل والنسختين "ظ" و"ف" : والعرقوب.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

(٤) وفي "ف" : وهي الرأس الذي تكون في صدره.

(٥) هكذا في النسختين : "م" و"ف"، وكان في الأصل والنسخة "ظ" : العين بدلاً من العصب.

الناس في العادة ، يرد ، وما لا فلا .

١٢٥٥٨ - وفي "فتاوي الفضلي" : رجل اشترى جبة ، ووجد فيها فأرة ميتة ، فهو عيب ، وإذا اشترى ثوبًا ، فوجد فيه دمًا ، إن كان ينقصه الغسل ، فهو عيب ، وإن كان لا ينقصه ، فليس بعيب ، وقد مر شيء من هذا في النوع الأول ، ذكر المسألة في "العيون" .

١٢٥٥٩ - وفي "فتاوى أهل سمرقند" : إذا اشترى من آخر ثوبًا نجسًا ، ولم يبين البائع ، جاز ، وإذا علم المشتري ، فله الرد ؛ لأن النجاسة عيب ؛ لأنها تمنع أداء الصلاة ، وعلى قياس المسألة الأولى تأويلها إذا كان الثوب بحال ينقصه الغسل .

١٢٥٦٠ - وإذا اشترى كرمًا ، فظهر[1] أن شربه على ناوق بوضع على ظهر نهر ، أو على موضع آخر ، فله حق الرد ؛ لأنه عيب فاحش فيما بين الناس في هذا الموضع أيضًا .

١٢٥٦١ - وإذا اشترى حنطة مشارًا إليها ، فوجدها ردية ، فليس له حق الرد بالعيب ، بخلاف ما إذا وجدها مسوسة ، أو عفنة ، وكذا إذا اشترى إناء فضة بعينها ، فوجدها ردية من غير غش ، ولا كسر ، فليس له حق الرد بلا عيب ، فلم يعتبر الرداءة في المكيل والموزون عيبًا في شرح الكافي في كتاب الصرف في باب "العيوب" .

١٢٥٦٢ - وفي "نوادر المعلى" : عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : إذا اشترى نقرة فضة بعينها بدينار ، ثم اختلفا ، فقال المشتري : اشتريتها على أنها بيضاء ، فإذا هي سوداء ، أو قال البائع : لم أشترط شيئًا ، فقال : السواد عيب في الفضة ، وللمشتري أن يردها .

١٢٥٦٣ - اشترى حزمة بقل ، فأصاب في جوفها حشيشًا ، فإن كان ذلك يعد عيبًا ، فله الرد ، فإن شاء رد ، وإن شاء أخذ بجميع الثمن ، وإن كان لا يعد عيبًا ، ليس له الرد .

١٢٥٦٤ - في "واقعات الناطفي" : إذا وجد في الأرض المشتراة طريقًا يمر فيه الناس ، فهو عيب ، في بيوع "فتاوي الفضلي" : وجد في الكرم بيوت نمل كثير ، فهو عيب في هذا الموضع أيضًا ، وفي "المنتقى" : اشترى مصحفًا ، فوجد في حروفه سقطًا ، أو اشتراه على أنه منقوط بالنحو ، فوجد في نقطه سقطًا ، قال : هذا عيب يرد منه .

١٢٥٦٥ - وفيه أيضًا : إذا اشترى مصحفًا على أنه جامع ، فإذا فيه آيتان ساقطتان ، أو آية ، قال : هذا عيب يرد منه ، ووجدت في موضع آخر : رجل اشترى مصحفًا لولده ، فقال المعلم : إن فيه خطأ كثيرًا ، قال : إن كان فيه خطأ الكتابة يرد ، ويرجع بالثمن .

١٢٥٦٦ - وفي "فتاوي الفضلي" : لو اشترى أرضًا ، فنزت عند المشتري ، وقد كان

---

(١) وفي "ظ" : وعلم

ذلك عند البائع، فله أن يرد؛ لأن سبب النزّ واحد، وليس لها أسباب مختلفة، فيكون كالحمى، إلا إذا رفع المشتري وجه الأرض، فيعلم أنها نزّت لرفع التراب، أو جاء الماء الغالب من موضع آخر؛ لأنه حينئذ يعلم أن هذا غير الذي كان في يد البائع.

وفي "فتاوى الفضلي": قال: ينظر إن كان النزّ بسبب آخر[1]، بأن كان في يد البائع بسبب نز نهر، وفي يد المشتري بسبب نزّ نهر آخر، لا يرد، وإن كان بعين ذلك السبب، يرد، ولا ينظر أن يكون النزّ عند في يد المشتري أكثر مما كان في يد البائع، أو كان ذلك القدر، بل إذا كان بعين ذلك السبب، يملك الرد كيف ما كان، وكذلك إذا اشترى كرمًا، وقد ظهر في يد المشتري بهاري[2]، يمكن تخريجها بالتأمل.

١٢٥٦٧ - وفي "فتاوى الفضلي" أيضًا: رجل اشترى جارية، وفي إحدى عينيها بياض، فانجلى البياض، ثم عاد، فقبض المشتري، وهو لا يعلم [بذلك، ثم علم، فله أن يرد، ولو قبض، وفي إحدى عينيها بياض، وهو لا يعلم][3]، ثم انجلى البياض، ثم عاد، لا يرد، والفرق وهو أن الثاني غير الأول حقيقة، ففي الوجه الأول حدث في يد البائع، فيوجب الرد، وفي الوجه الثاني حدث في يد المشتري، فلا يوجب الرد.

١٢٥٦٨ - وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى": اشترى خمسمائة قفيز حنطة، فوجد فيها ترابًا إن كان ذلك التراب مثل ما يكون في مثل تلك الحنطة لا يعده الناس عيبًا، ليس له أن يرد، ولا أن يرجع بنقصان العيب؛ لأن ذلك ليس بعيب، وإن كان مثل ذلك التراب لا يكون في مثل تلك الحنطة، ويعده الناس عيبًا، فإن أراد أن يرد الحنطة كلها، فله ذلك لعدم المانع من الرد، وإن أراد أن يميز التراب، فيرده على البائع بحصته من الثمن، ويحبس الحنطة، ليس له ذلك لوجود المانع على ما نبين، هذا إذا لم يميز، فلو ميز فوجد ترابًا كثيرًا يعده الناس عيبًا، فإن أمكن أن يردها كلها على البائع بذلك الكيل لو خلط البعض بالبعض، فله أن يرد؛ لأنه أمكنه الرد، كما قبض، وإن لم يمكنه الرد بذلك الكيل لو خلطها، بأن انتقص بالتنقية، ليس له الرد؛ لأنه لا يمكن الرد كما قبض، لكن يرجع بحصة نقصان العيب، وهو نقصان الحنطة، إلا أن يرضى البائع أن يأخذها ناقصة، فيكون له ذلك؛ لأن النقصان إنما يمنع الرد لحق

---

(١) وفي "م": إن كان النز بسبب جريان الماء الذي في يد البائع.

(٢) بهاري: معناه ربيعي.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ وم وف.

بالبائع، وقد رضي بجملة حنطة، حتى إذا اشترى الحنطة. وكذا إذا اشترى السمسم، وما أشبه ما كان غير حنطة، فوجد فيه تراباً، فهو على الفصل الذي ذكرنا، فرق بين هذا وبين ما إذا اشترى مسكاً، فوجد فيها رصاصاً، حيث يميز الرصاص ويرده على البائع بحصته من الثمن، قل أو كثر، والفرق أن في الحنطة تسامح في القليل من التراب، ولا يعد الكثير؛ لأن في ذلك ضرراً بالبائع، إلا أنه لا تظهر المسامحة في القليل، وفي المسك لا يتسامح في القليل، فلم يكن في التمييز ضرر بالبائع، ولهذا يستوي فيه القليل والكثير، وفي الحنطة لا.

١٢٥٦٩ - وفيه أيضاً: لو اشترى صبرة من نخاس، فأخذها، فخرج منها حجر مثل ما يخرج من النخاس، فله أن يمسك من الثمن بحسابه، إلا أن يشاء البائع أن يأخذه كله، ويرد الثمن كله؛ لأن القليل من الحجر لا يتسامح في النخاس، فكان بمنزلة الرصاص في المسك، وإذا اشترى نخاساً قديماً، وقد وجد فيه شيئاً كثيراً، فهو على ما ذكرنا في الحنطة يجد فيها التراب.

نوع آخر في بيان ما يمنع الرد بالعيب، وما لا يمنع:

١٢٥٧٠ - الأصل في هذا النوع: أن المشتري متى تصرف في المشترى بعد العلم بالعيب تصرف الملاك بطل حقه في الرد؛ لأنه دليل الإمساك، ودليل الرضا بالعيب، وبيان هذا الأصل: إذا اشترى دابة، فوجد بها عيباً، فسقاها، أو ركبها لحاجة نفسه، فليس له أن يردها؛ لأن المداواة دليل الرضا والإمساك، وكذلك الركوب لحاجة نفسه. ولو داواها من عيب قد برئ البائع منه، فله أن يردها بعيب آخر لم يبرأ البائع منه؛ لأنه لم يرض بذلك العيب، والاستخدام بعد العلم بالعيب مرة لا يكون دليل الرضا. بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: لأنه يجوز أن يكون للامتحان والاختبار، ليعلم أن مع العيب هل يصلح له أم لا، ولكن هذا ليس بصحيح بدليل مسألة الركوب واللبس التي بعد هذا، ولكن الصحيح أن يقال: بأن الاستخدام مرة لا يختص بالملاك، والاستخدام في المرة الثانية دليل الرضا، وكذلك الإكراه على الاستخدام في المرة الأولى دليل الرضا، وفسر الاستخدام في كتاب الإجارة، فقال: بأن يأمره بحمل المتاع على السطح، أو ينزله عن السطح، أو بأن يأمره بأن يغمز رجله بعد أن لا يكون عن شهوة، أو بأن يأمرها بأن تطبخ، أو تخبز بعد أن يكون يسيراً، فإذا أمرها بالخبز والطبخ فوق العادة، فذلك يكون رضا.

١٢٥٧١ - ولو ركب الدابة لينظر إلى سيرها، أو لبس الثوب لينظر إلى قدره، فهذا منه رضا، وقد ذكرنا في خيار الشرط أن ذلك ليس برضا، والفرق أن خيار الشرط مشروع

للاختبار، والركوب واللبس مرة محتاج إليه للاختبار، فلو بطل خيار الشرط بالركوب واللبس مرة لفات فائدة خيار الشرط، فأما خيار العيب ما شرع للاختبار، إنما شرع للرد ليصل إلى رأس ماله عند عجزه عن الوصول إلى الجزء الفائت، فلم يكن هذا التصرف في خيار العيب محتاجًا إليه للاختبار، وإنه لا يحل بدون الملك، فيجعل دليل الرضى.

والركوب ليردها، وليسقيها، وليعلفها، لا يكون دليل الرضا استحسانًا، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: هذا إذا لم يمكنه الرد، والسقي، والإعلاف إلا بالركوب، بأن كان لا يمكن ضبطها إلا بالركوب، فإذا أمكنه ذلك بدون الركوب، كان الركوب رضا.

والدليل على صحة هذا ما ذكر محمد رحمه الله تعالى في «السير الكبير»: أن جوالق العلف إن كان واحدًا، فركب، فهذا لا يكون رضا؛ لأن الجوالق إذا كان واحدًا، لا يمكن حمله إلا بالركوب، وإذا كان الجوالق ثنتين، فركب يكون رضا؛ لأن حمل الجوالقين بدون الركوب ممكن، ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال: الركوب للرد لا يكون رضا، وإن أمكنه الرد بدون ذلك الركوب؛ لأنه يفضي إلى الرد، ويقرره، ولا كذلك الركوب للسقي والعلف، ولو حمل عليها علفها، وركبها مع العلف، فهذا ليس برضا، وأنه يؤول عند بعض المشايخ رحمهم الله تعالى على ما ذكرنا، ولو حمل عليها علف دابة أخرى وركبها، أو لم يركبها، فهذا يكون رضا، والسكنى في الدار هل يكون رضا؟ فهو على ما ذكرنا في خيار الشرط.

١٦٥٧٢- وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: فيمن اشترى جارية لها لبن، فأرضعت صبيًا لها، أو للمشتري، ثم وجد المشتري بها عيبًا، فله أن يردها، ولو أنه حلب لبنها، واستهلك لبنها، أو شربه، ثم وجد بها عيبًا، لم يردها، وعلى هذا قالوا: إذا اشترى شاة، فرضعها ولدها[1]، ثم اطلع على عيب بها بعد ذلك، فله أن يردها، فأما إذا حلبها، فأتلفه، لم يكن له أن يردها بالعيب إذا اطلع عليه بعد ذلك.

١٦٥٧٣- وفي «المنتقى»: إذا اشترى شاة، وشرب من لبنها، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: له أن يردها بالعيب، وفيه عن محمد رحمه الله تعالى: إذا اشترى شاة، وحلبها، ثم وجد بها عيبًا يلزمه، ويرجع بالنقصان، وإن جز صوفها، ثم وجد بها عيبًا، فإن لم يكن الجز نقصانًا، فله أن يردها، قال محمد رحمه الله تعالى: والجز عندي ليس بنقصان، وفي موضع آخر من «المنتقى»: إذا جز صوفها بعد العلم بالعيب، فهو رضا، ولو أخذ من عرفها، فليس

---

(1) هكذا في النسخ الباقية التي عندنا، وكذا في الأصل. نبها

كذلك، وإن وطئها المشتري، أو قبلها بشهوة، أو لمسها بشهوة بعد ما علم بالعيب، فهو رضا بالعيب، وليس له أن يردها، ولا أن يرجع بنقصان العيب.

وإذا وطئها غير المشتري في يد المشتري بزنا، فليس له أن يردها، بكراً كانت أو ثيباً، ويرجع بنقصان العيب، إلا أن يرضى البائع أن يأخذها كذلك؛ لأنها تعيبت عنده بعيب زائد، وهو عيب النقصان إن أوجب الوطء [نقصاناً أو عيب الزنا إن لم يوجب الوطء نقصاناً فيها، وإن كان الوطء بشبهة حتى وجب العقر على الواطئ][١]، فليس له الرد، وإن رضي به البائع لمكان الزيادة على ما يأتي بيانه بعد هذا - إن شاء الله تعالى -.

ولو زوجها المشتري لم يكن له أن يردها، وطئها الزوج أو لم يطأها، رضي البائع أو لم يرض؛ لأن النكاح يوجب الصداق، والصداق زيادة منفصلة، وإنها تمنع الرد على ما يأتي بيانه، ولو كان لها زوج عند البائع، فوطئها عند المشتري، فإن كانت الجارية بكراً، فليس للمشتري أن يردها بالعيب إلا برضا البائع؛ لأنه فات جزء منها في ضمان المشتري بصنع من العاقد، وإن كانت الجارية ثيباً إن نقصها الوطء، فكذلك الجواب لا يملك المشتري ردها إلا برضا البائع، وإن لم ينقصها الوطء، كان للمشتري أن يردها على البائع، هذا الذي ذكرنا في الثيب إذا وطئها الزوج في يد البائع مرة، ثم وطئها عند المشتري، وأما إذا لم يطأها عند البائع مرة، إنما وطئها عند المشتري، لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذا الفصل في "الأصل"، وقد اختلف المشايخ فيه، والصحيح أنه يرد.

١٢٥٧٨ - وذكر في "المنتقى": إذا اشترى جارية، وقبضها، ولها زوج كان عند البائع، فوطئها الزوج في يد المشتري، لم يمنع وطئه المشتري عن الرد بالعيب، وإن كان الوطء عيباً؛ لأن هذا عيب قد يرق البائع إلى المشتري منه، وإذا عرضه على البيع بعد ما علم بالعيب، أو أجره، أو رهنه، فذلك رضا بالعيب، وليس له أن يرده، ولا أن يرجع بنقصان العيب.

١٢٥٧٩ - وإذا اشترى برذوناً وأخصاه، ثم اطلع على عيب به، كان له الرد إذا لم ينقصه الخصي، ذكره في "فتاوى أهل سمرقند"، وكان الشيخ الإمام الأجل ظهير الدين المرغيناني يفتي بخلافه.

١٢٥٨٠ - قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع الصغير": إذا اشترى من آخر ثوباً، فقطعه، ولم يخطه، حتى اطلع على عيب به، لم يرده، ولكن يرجع بنقصان العيب، فإن قال البائع: أنا أقبله كذلك، فله ذلك، وإن كان المشتري صبغه أحمر، ثم وجد به عيباً لا يرده،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

كالسمن والجمال، وأنها لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية؛ لأن فسخ العقد على الزيادة ممكن تبعًا للأصل فلا يصير متبرعًا في الزيادة؛ لأن السمن والجمال تبع للأصل من كل وجه لا يتصور أصلا بحال؛ لأنه متصل بالأصل، فيكون تبعًا له بحكم الاتصال، فإذا انفسخ العقد على الأصل، ينفسخ في تبعه، فإن أبى المشتري الرد، وأراد الرجوع بنقصان العيب، وقال البائع: لا أعطيك نقصان العيب، ولكن رد علي المبيع حتى أرد عليك جميع الثمن، هل له ذلك؟ على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: ليس له ذلك، وعلى قول محمد: له ذلك، وهذا لأن الزيادة المتصلة بعد القبض تمنع فسخ العقد على الأصل إذا لم يوجد الرضا ممن له الحق في الزيادة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وعند محمد لا تمنع فسخ العقد في الأصل، وجد الرضا ممن له الحق في الزيادة، أو لم يوجد، كما في مسألة المهر إذا ازداد زيادة متصلة بعد القبض، ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها، هذا هو الكلام في الزيادة المتصلة.

وأما الزيادة المنفصلة فنوعان أيضًا: متولدة من المبيع، كالولد والثمر، وما هو في معناه، كالأرش والعقر، وإنها تمنع الرد بالعيب والفسخ بسائر أسباب الفسخ عندنا؛ لأنه لا يمكن فسخ العقد على الزيادة مقصودًا، لما ذكرنا، ولا تبعًا للأصل؛ لأن الولد بعد الانفصال ليس بتبع للأصل، لا حقيقة، وهذا ظاهر، ولا حكمًا، فإن شيئًا من أحكام البيع لا يثبت في الولد الحادث بعد القبض، ولا يجوز أن يفسخ العقد في الأصل دون الولد؛ لأن الولد مبيع من وجه؛ لأنه متولد من المبيع، والمتولد من الشيء يكون على صفة الأصل، كولد أم الولد والمدبر والمكاتب، وما يكون مبيعًا من كل وجه، لا يسلم للمشتري بعد فسخ العقد مجانًا بغير عوض؛ لأنه يكون ربا، فكذا ما يكون مبيعًا من وجه، وههنا بعدما فسخ العقد في الأصل يبقى الولد سالمًا للمشتري مجانًا بغير عوض، وغير متولدة من المبيع كالكسب والغلة، وإنها لا تمنع الرد بالعيب، والفسخ بسائر أسباب الفسخ، وطريقه أن يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة، وتسلم الزيادة للمشتري مجانًا بغير عوض، ويمكن القول به؛ لأن هذه الزيادة ليست بمبيع بوجه ما؛ لأنه لم يرد عليها العقد، ولا هي تبع لما عُقد، وما تولدت من عين المبيع حتى تكون مبيعة بحكم التولد، بل تولدت من المنافع، والمنافع غير الأعيان، ولهذا كانت منافع الحر مالًا، مع أن الحر ليس بمال، وكسب المكاتب والمدبر لا يكون مكاتبًا ومدبرًا، فسلامة ما ليس بمبيع بوجه ما للمشتري لا تمنع فسخ العقد على الأصل؛ لأنه لا يؤدي إلى الربا.

١٢٥٨٢ - إذا ثبت هذا الأصل، جئنا إلى تخريج المسألة، فنقول: إذا اشترى ثوباً، وقطعه، ولم يخطه، فامتناع الرد لنقصان حصل بفعل المشتري، فيرتفع برضا البائع؛ لما قلنا، وإن صبغ الثوب بعصفر، فامتناع الرد بسبب الزيادة المتصلة، وأنه لا يرتفع برضا البائع، لما ذكرنا، فعلى هذا إذا قطع الثوب، وخاطه، ثم وجد به عيباً، فقال البائع: أنا أقبله كذلك، ليس له ذلك؛ لأن امتناع الرد هنا بسبب الزيادة المتصلة، وهي الخياطة، فلا يرتفع برضا البائع.

وفي "المنتقى": إذا اشترى عبداً كاتباً، أو خبازاً، وقبضه، فنسي ذلك في يده، ثم اطلع على عيب به، فله أن يرده.

١٢٥٨٣ - وفي "المنتقى": إذا اشترى من آخر تمراً بالري، وحمله إلى الكوفة، ثم اطلع على عيب هناك، فأراد أن يرده، قال محمد رحمه الله تعالى: ليس له ذلك حتى يرده إلى ذلك الموضع، وعلل، فقال: لأن لحمله مؤنة، ولو كان مكان التمر جارية، فقد أشار محمد رحمه الله تعالى إلى أنها ليست نظير التمر، حيث قال: أرى سفر هذه ثمة، وههنا قريب، ولا أرى لحملها تلك المؤنة.

١٢٥٨٤ - وفي "القدوري": اشترى شيئاً، أو آجره من غيره، ثم اطلع على عيب به، فله أن ينقض الإجارة، ويرد المستأجر بالعيب، بخلاف ما لو رهنه من غيره، والفرق أن الإجارة ينتقض بالأعذار، والرهن لا.

١٢٥٨٥ - قال محمد رحمه الله تعالى في "الزيادات": وإذا اشترى الرجل من آخر جارية بيضاء إحدى العينين، وهو يعلم بذلك، فلا خيار له في ردها؛ لأن العيب إنما يثبت حق الرد للمشتري إذا عجز البائع عن تسليم ما التزم بالعقد كما التزم، ولم يعجز؛ لأنه التزم تسليمها بعينه لما علم المشتري بعيبها وقت البيع، وإن لم يقبضها المشتري حتى انجلى البياض، ثم عاد البياض، فهي لازمة للمشتري، ولا خيار له في ردها، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن له الخيار.

والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأن البياض الثاني وإن كان غير الأول حقيقة، فهو عين الأول حكماً من حيث إن البائع بسببه لم يعجز عن تسليم ما التزم بالعقد، كما التزم.

بيانه: وهو أن المشتري لما اشتراها مع علمه بالبياض الأول، فالبائع لم يلتزم تسليمها سليمة من عيب البياض بهذا العين، وإنما التزم تسليمها معيبة بهذا العيب، والبياض الأول وقت العقد كان بياضاً ظاهراً، مع احتمال أن لا يكون الثاني بهذه الصفة، وكان الثاني عين

الأول حكماً من حيث إن البائع لم يعجز عن تسليم ما التزم بالعقد كما التزم، وقد ذكرنا أن العيب إنما يثبت حق الرد للمشتري، إذا عجز البائع عن تسليم ما التزم بالعقد، كما التزم.

١٢٥٨٦ - قال في الكتاب: ألا ترى أن رجلاً لو اشترى جارية وسنها ساقطة، أو سوداء، والمشتري عالم بذلك، فلم يقبضها حتى نبت سنها الساقطة، أو ذهب السواد عن سنها، ثم سقطت تلك السنة، أو عاد السواد، فالجارية لازمة للمشتري، وإن كانت لازمة؛ لأن البائع لم يعجز عن تسليم ما التزم بالعقد كما التزم على ما ذكرنا، ولم يرو عن أبي يوسف في مسألة السن بخلاف ما ذكره في الكتاب، واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في ذلك منهم من قال هذا قول الكل منهم من قال: لا، بل مسألة السن على الاختلاف أيضاً، ولو قبضها وهي بيضاء أحد العينين، أو سنها ساقطة، وهو يعلم بذلك، ثم انجلى البياض، ونبتت السنة، ثم عاد البياض، وسقطت السنة، ثم وجد بها عيباً آخر كان عند البائع ردها بذلك العيب؛ لأن الواجب على المشتري أن يردها على الوجه الذي قبضها [وقد قبضها][1] معيبة بهذا العيب.

١٢٥٨٧ - قال في الكتاب: ألا ترى أنه لو اشترى شاة حاملاً، وولدت في يد المشتري ولداً، ثم هلك الولد، ثم وجد بها عيباً، كان له أن يردها على البائع؛ لأن الولادة لا يمكن نقصاناً في الشاة لا محالة ليمتنع حق الرد بسبب ذلك، لكن امتناع الرد بالولادة لاعتبار أن بالولادة حدثت زيادة منفصلة، فإذا هلكت، فقد ذهبت الزيادة، وجعلت كأن لم تكن، فكان المشتري قادراً على رد ما قبض، كما قبض، كذا ههنا، ولو لم يعد البياض في العين التي ذهب عنها البياض، لكن ابيضت عين الأخرى، لم يكن له أن يرد الجارية بعيب أبداً؛ لأنه عجز عن ردها، كما قبضها؛ لأنه قبضها، وهي صحيحة هذه العين، ولأن يردها وهي معيبة هذه العين، و[لو][2] لم تبيض العين الأخرى، ولكن عاد البياض في العين التي ذهب عنه البياض بفعل المشتري بأن ضرب المشتري عينه، فابيضت، ثم وجد بها عيباً آخر كان عند البائع، لم يكن له أن يردها، بخلاف ما إذا عاد البياض، والفرق أنه لما انجلى البياض، فقد حصلت زيادة متصلة، فإذا ضربها المشتري، صار حابساً تلك الزيادة، وإنه مانع من الرد، بخلاف ما إذا عاد البياض؛ لأن هناك هلكت الزيادة لا بصنع المشتري، فلم يصر المشتري حابساً لها، فإن قال البائع: أنا أقبلها كذلك، وأرد جميع الثمن، كان للمشتري أن يردها عليه، بخلاف ما إذا عاد

---

(١) هكذا في النسخ كلها.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبت هذه الكلمة من النسخة ف.

البياض بضرب الأجنبي في يد المشتري حيث لا يكون للمشتري أن يردها بالعيب، وإن رضي به البائع، والفرق أن في الفصل الأول المانع من الرد حق البائع، فإذا رضي به، فقد أسقط حقه، والمانع في الفصل الثاني حق الشرع، وحق الشرع لا يسقط بإسقاط العبد هذا الذي ذكرنا كله إذا اشتراها مع علمه أنها بيضاء إحدى العينين.

وأما إذا اشتراها، ولم يعلم بكونها بيضاء إحدى العينين، فقبضها، ثم علم كان له أن يردها، فإن لم يرد حتى انجلى البياض، لم يكن أن يردها بعد ذلك، وإن استحقها سليمة لما لم يعلم بالعيب وقت العقد؛ لأنه لما انجلى البياض، فقد استوفى عين حقه لوجوده في يده، وبعد ما استوفى عين حقه، لا يكون له الخيار، فإن عاد البياض، لا يكون له أن يردها أيضاً، لما ذكرنا أنه لما انجلى البياض، صار المشتري مستوفياً عين حقه حكماً، وبعود البياض، لا ينتقض الاستيفاء؛ لأن قبض المبيع لا يحتمل الانتقاض. كما لو قبض السلامة، ثم فاتت، ولو وجد بها عيب آخر، كان له أن يردها به؛ لأنه لما انجلى البياض، صار المشتري مستوفياً عين حقه حكماً، فوقعت البراءة للبائع عن العيب؛ لأن البراءة كما تقع بالإبراء، تقع بالاستيفاء، فصار كأنه أبرأه نصاً عن هذا العيب، ولو أبرأه المشتري عن عيب، ثم وجد بالمبيع عيباً آخر، كان له أن يرده بالعيب[1]، فههنا كذلك، فقد جعل البياض العائد كأنه غير الأول في حق الرؤية، وجعله كأنه عين الأول في حق الرد بعيب آخر.

وكذلك إذا اشترى جارية وهي ساقطة السن، أو مسودة السن وهو لا يعلم بذلك، فقبضها، ثم علم بذلك [ثم زال السواد، أو نبتت السن لم يكن له أن يردها، وكذلك لو سقطت السن، أو عاد السواد بعد ذلك][2] لم يكن له أن يردها، ولو وجد بها عيباً آخر، كان له أن يردها، ثم في كل موضع ثبت للمشتري حق الرد، إذا قال في وجه البائع قد أبطلت البيع إن كان قبل القبض، انتقض البيع، قبل البائع أو لم يقبل، وإن كان بعد القبض، فإن قبل البائع، فكذلك ينتقض البيع، وإن لم يقبل لا ينتقض البيع، وإن كان بغير محضر من البائع، لا ينتقض البيع، وإن كان قبل القبض أصل المسألة في «العيون»، وفصل الحضرة في وكالة الشافي.

١٢٥٨٨ - وفي «المنتقى»: اشترى عبداً محموماً كان يأخذه الحمى كل يومين، أو

(١) وفي النسختين: ف، و، م: كان له أن يرده بذلك العيب.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، م، ب.

ثلاثة، فأطبق عليه عنده، فله أن يرده، وإنه يخالف ما ذكر في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى، فقد ذكر ثمة إذا اشترى عبداً وبه مرض، فازداد المرض في يد المشتري، فليس له أن يرده على بائعه، وإن كان صاحب فراش عنده، فهذا عيب غير الحمى، فلا يرده، ويرجع المشتري بالأرش.

وكذلك إذا كانت قرحة، فصحت عنده، أو جدري، فصحت، له أن يرده، ولو كان به جرح، فدمي بعده، أو كان به قرحة، فصارت آمنة، فليس له أن يرده، وفيه أيضاً لو اشترى عبداً، فاستقاله، وأبى أن يقيله، قال: ليس هذا بعرض على البائع، وله أن يرده إذا وجب البيع بعد ما اطلع على عيب به، ولم يسلم له أن يرده على بائعه؛ لأن هذا دلالة الرضا بالعيب، ألا يرى أن العرض على البيع يمنع الرد، وربما يمنع لأنه دلالة الرضا، ولو فعل شيئاً من ذلك قبل العلم بالعيب يمنع العرض والهبة بدون التسليم، فهذا لا يكون رضا، ولا يمنع الرد، وعلم بالعيب بعد ذلك في مسألة الهبة.

١٢٥٨٩- في فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: إذا اشترى شيئاً، وخاصم البائع في عيب به، وترك الخصومة أياماً، ثم عاد إلى الخصومة، فقال له البائع: لم تركت الخصومة؟ قال: لأتفكر، وأسأل هل هذا عيب، فله أن يخاصمه في العيب ويرده؛ لأن هذا ليس له دلالة الرضا.

وكذلك إن أراد الرد، ولم يجد البائع، فأطعمه، وأمسكه أياماً، ولم يتصرف فيه تصرفاً دل على الرضا، ثم وجد البائع، فله أن يرد، قال رحمه الله تعالى: على هذا أدركت مشايخ زماني.

١٢٥٩٠- وفي الملتقط: رجل اشترى من رجل عبداً، ثم إن المشتري أمر رجلاً يبيعه، ثم علم الآمر بعد ذلك أن به عيباً، قال: إن باعه الوكيل بمحضر من الموكل، ولم يقل الموكل شيئاً، فهذا منه رضا بالعيب حتى لو لم ينقض البيع(1)، ليس للمشتري أن يرد العبد على بائعه بذلك العيب(2)، قال: وكذلك إن أعلمه الوكيل أنه يذهب من فوره لبيعه، ولم ينهه، أو أخبر أن الوكيل ساومه به، وعنه بعرضه ليبيعه، فلم ينهه، فهذا منه رضا.

(1) هكذا في "ف" و"ك" وفي الأصل: فهذا، وفي "م": ... أصلا.

(2) وفي "م": حتى لو انفسخ البيع لا.

(3) وفي "م": على بائعه بذلك العيب.

وإنما كان كذلك؛ لأن السبب الموجود في يد البائع حل الدم واجبة، وأثر في إتلافهما دون المالية، وإن هلكت المالية ضرورة أنها لا تبقى بدون الحياة، وهذا أمر غير مضاف إلى الجناية. ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه وجهان: أحدهما: أن التلف حصل بمعنى كان في ضمان البائع، فينتقض به قبض المشتري، ويجعل كأنه تلف في يد البائع، وقاسه على ما لو غصب عبداً، فقتل العبد رجلاً في يد الغاصب، ثم رده، فقتل قصاصاً، يرجع المالك على الغاصب بجميع القيمة؛ لأن الرد انتقض بسبب كان عند الغاصب، فصار كأنه قتل في يد الغاصب.

من المشايخ رحمهم الله تعالى من زيف هذا الوجه بمسائل منها: أن البائع لو قطع يده ثم باعه، فمات العبد في يد المشتري من القطع، لا يرجع المشتري على البائع بجميع الثمن، وإن زال القبض بسبب كان في يد البائع، وكذلك إذا اشترى أمة حبلى، فولدت عند المشتري، فماتت، لا يرجع على البائع بجميع الثمن، وإن ماتت بسبب كان في يد البائع.

١٢٤٩٤ - وكذلك إذا اشترى عبداً محموماً، ولم يعلم به، ثم قبضه، ثم مات من الحمى، يرجع بالنقصان، لا بجميع الثمن، وإن مات بسبب كان في يد البائع، إلا أن هذا لا يلزمه، وليس بشيء، وهذه المسائل غير لازمة، أما مسألة قطع اليد فلأن قطع اليد لا يوجب الهلاك لا محالة، فالإنسان قد يسلم منه، فالتلف عند المشتري لم يحصل بسبب كان في يد البائع لا محالة، وهو المخرج في مسألة الحمى.

وأما في فصل الولادة، فمن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: مسألة الولادة على هذا الخلاف أيضاً. وما ذكر في الكتاب أنه لا يرجع بجميع الثمن على قولهما. وأما على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: يرجع بجميع الثمن. والدليل عليه أن محمداً رحمه الله تعالى ذكر في الكتاب: إذا غصب من آخر جارية، فحبلت عند الغاصب، ثم ردها على المالك، فولدت وماتت في نفاسها، فإنه يرجع بجميع القيمة على الغاصب عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وجعلت كأنها ماتت في يد الغاصب، كذا هاهنا، ولئن سلمنا، فوجه التخريج أن الولادة ليست بسبب الهلاك لا محالة. والتقريب ما مر.

ووجه آخر لأبي حنيفة رحمه الله تعالى: أن العبد الذي هو مستحق القتل لا قيمة له، إذ القيمة عبارة عن القوة، وقوة الآدمي باعتبار قوتها، وادخارها لإقامة المصالح، ومتى كان مستحق القتل، كان عرضة للاستيفاء، فلم يكن متقوماً، والبيع لا ينعقد على غير المتقوم، كالميتة والدم والخمر، فإن كان المشتري عالماً بذلك العيب، فعندهما لزمه العقد، ولا يرجع بنقصان العيب؛ لأنه عيب رضي به، وأما عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، فمن مشايخنا

على جعفر، إنما كان لجعفر حق الرد على صالح إذا كان الرد على جعفر بقضاء؛ لأن الرد بالقضاء فسخ من كل وجه في حق الناس كافة، فيعود إلى جعفر قديم ملكه الذي استفاده من جهة صالح في حقه وفي حق صالح، فكان له الرد على صالح، فأما إذا كان الرد على جعفر بغير قضاء، والرد بغير قضاء بيع جديد في حق الثالث، لا يعود إلى جعفر قديم ملكه الذي استفاده من جهة صالح، فلا يكون له الرد على صالح، وتبين بما ذكر في كتاب الاختلاف أن المذكور في "شرح الجامع" قول محمد رحمه الله تعالى.

١٢٥٩٦- وفي "المنتقى": إذا اشترى من آخر ديناراً بدراهم، ثم إن مشتري الدينار باع الدينار من رجل آخر، ثم وجد المشتري الآخر بالدينار عيباً، ورده على المشتري الأول بغير قضاء، كان للمشتري الأول أن يرده على بائعه بذلك العيب، ولا يشبه الصرف هذا العروض، قال: لأن البيع لا يقع على الدنانير بعينها، وعلى هذا إذا قبض رجل دراهم له على رجل، وقضاها آخر، فوجد فيها زيوفاً، وردها عليه بغير قضاء قاض، فله أن يردها على الأول.

١٢٥٩٧- وفي "المنتقى": اشترى عبداً، فوجده أعمى، فقال المشتري للبائع: أريد أن أعتقه عن كفارة يميني، فإن جاز عني، وإلا رددته، فله أن يرده، وهو نظير مسألة الثوب التي بعدها.

١٢٥٩٨- وفي "العيون": اشترى من آخر ثوباً، فإذا هو صغير، فله أن يرده، فقال له البائع: أره الخياط، فإن قطعه، وإلا رده علي، فأراه الخياط، فإذا هو صغير، فله أن يرده، وكذا الخف والقلنسوة، وكذا إذا قبض دراهم زيفة، وقال للقابض: أنفقها، فإن جازت عليك، وإلا فردها علي، فقبلها على ذلك، فلم ينفق عليه، فله أن يردها استحساناً، ذكره في كتاب الصلح من "النوازل".

١٢٥٩٩- وفي "المنتقى": اشترى شيئاً بألف درهم، وقبض الألف، فوجدها نبهرجة، ثم عرضها على البيع، فهو رضا منه بها، وليس له أن يردها، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يكون رضا، وله أن يردها.

وفي "المنتقى": عن محمد رحمه الله تعالى المشتري في خيار العيب إذا قال للبائع: إن لم أردها إليك اليوم، فقد رضيتها بالعيب، فهذا القول باطل، وله الرد.

١٢٦٠٠- وفيه أيضاً: رجل اشترى من رجل داراً، فادعى رجل فيها مسيل ماء، وأقام على ذلك بينة، فهو بمنزلة العيب، فإن شاء المشتري، فأمسكها بجميع الثمن، وإن شاء ردها،

وإن كان قد بنى فيها بناء، فله أن ينقض بناءه، وليس له أن يرجع بقيمة بنائه؛ لأن هذا عيب، وليس باستحقاق شيء منه.

١٢٦٠١ - وفيه أيضاً: رجل اشترى من آخر عبداً بكرّ موصوف بغير عينه، وتقابضا، ثم وجد البائع بالكر عيباً، وحدث به عنده عيب آخر، فإنه لا يرجع بشيء، وإن كان الكر بعينه عند المشتري، رجع في العبد بمثل نقصان العيب في الكر، إلا أن يرضى البائع، وهو مشتري العبد أن يأخذ الكر بعينه، ويرد العبد.

وفيه أيضاً: رجل استقرض من رجل حنطة، وقبضه، ثم اشتراه منه بمائة درهم، يعني المستقرض اشترى الكر المستقرض من المقرض، ثم وجد بالكر عيباً، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: له أن يرده بالعيب، ولا يرده في قياس قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه.

وكذلك إذا كان القرض دراهم، فاشترى المقرض بها دنانير، وقبض الدنانير، ثم وجد المستقرض الدراهم القرض زيوفاً، فله أن يستبدلها في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وسيأتي جنس هذه المسائل في فصل العروض -إن شاء الله تعالى-.

نوع آخر منه:

إذا اشترى شيئين، ووجد بأحدهما عيباً، وكان ذلك قبل أن يقبضهما، أو قبض أحدهما، فأراد أن يرد المعيب خاصة، ليس له ذلك؛ لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام، ولو قبضهما رد المعيب خاصة؛ لأن خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بعد القبض، فرد المعيب خاصة لا يؤدي إلى تفريق الصفقة على البائع قبل التمام، وليس له أن يردهما إلا برضا البائع، وهذا الجواب مستقيم في شيئين يستغني كل واحد في الانتفاع به عن الآخر، فأما إذا كان شيئين لا يستغني أحدهما في الانتفاع به عن الآخر، كزوجي خف، ومصراعي الباب، وما أشبهه إذا قبضهما، ثم وجد بأحدهما عيباً، ليس له أن يرد المعيب خاصة، لما فيه من الإضرار بالبائع، ولكن إما أن يردهما، أو يمسكهما، وهكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى في الأصل.

١٢٦٠٢ - وإذا اشترى زوجي ثور، ثم وجد بأحدهما عيباً بعد القبض، فأراد أن يرد المعيب خاصة، فظاهر الجواب أن له ذلك، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: إن ألف أحدهما العمل مع صاحبه، وصار بحال لا يعمل إلا مع صاحبه، فإنه لا يرد المعيب خاصة، وصار بمنزلة شيء واحد، وإن كان المشترى شيئاً واحداً، فوجد ببعضه عيباً قبل القبض، أو بعده،

فليس له أن يرد المعيب خاصة، وإن كان المعقود عليه مما يكال، أو يوزن من ضرب واحد، فوجد ببعضه عيبًا، ليس له أن يرد المعيب خاصة، سواء كان ذلك قبل القبض، أو بعد القبض، أما قبل القبض فظاهر، وأما بعد القبض فلما ذكرنا، بخلاف ما إذا كان المعقود عليه ثوبين، أو عبدين، والفرق أن المكيل والموزون جعلا كشيء واحد من حيث الحكم في حق البيع؛ لأن المالية والتقوم للمكيل والموزون ثبت بالإجماع، فإن الحبة الواحدة بانفرادها لا يكون مالا متقومًا قابلا للبيع، فإذا كانت المالية القابلة للبيع تثبت بالإجماع؛ صار الكل في حق البيع كشيء واحد حكمًا، ولو كان شيئًا واحدًا حقيقة، بأن كان ثوبًا، ووجد ببعضه عيبًا، فأراد أن يرد المعيب خاصة، ليس له ذلك، كذلك ههنا.

حكي الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي رحمه الله تعالى: أنه كان يقول على قياس قول محمد رحمه الله تعالى يجب أن يرد بعض المكيل والموزون بالعيب، وإن كان مجتمعًا إذا كان الشعير لا يريد بالمعيب عيبًا، وكذلك إذا وجد البعض صغارًا، فأراد أن يغربل ليرد الصغار من الحب الذي هو من تحت الغربال، ويمسك الباقي، ليس له ذلك.

وكذلك إذا اشترى الجوز، أو البيض، فوجد البعض صغارًا، فأراد أن يرد الصغار خاصة، ويمسك الباقي، فليس له ذلك.

وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله تعالى: أنه قال: ما ذكر من الجواب في المكيل والموزون محمول على ما إذا كان الكل في وعاء واحد، أما إذا كانت في أوعية مختلفة، فوجد ما في وعاء واحد معيبًا، فإنه يرد ذلك وحده، بمنزلة الثوبين والعبدين، كالحنطة والشعير، وكان يفتي به، ويزعم أنه رواية عن أصحابنا رحمهم الله تعالى. وبه أخذ شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله تعالى، وقد عثرت على الرواية في "المنتقى" وصورة ما ذكر ثمه إذا اشترى زق عسل، أو سمن، أو اشترى جرة زيت، أو دهن، أو سلة زعفران، أو قوصرة تمر، أو جوالق حنطة، أو دقيق، فوجد شيء من ذلك عيبًا قبل القبض، أو بعده، فهو بالخيار، إن شاء نقض البيع، وإن شاء أمضاه، وليس له أن ينقض البيع في المعيب[1] خاصة؛ لأن هذا شيء واحد، والحال فيه قبل القبض وبعد القبض سواء.

١٢٦٠٣ - ولو اشترى قوصرتي تمر، أو جرتي زيت، أو قربتي عسل، أو كرين متفرقين في وعائين، أو حابيتي خل، فوجد بأحدهما عيبًا قبل القبض؛ فله أن يدع البيع، أو يأخذ البيع، وإن كان بعد القبض، فليس له أن يرد إلا الذي به العيب

---

(١) هكذا في النسختين "ف" و "م"، وكان في الأصل والنسخة "ظ": البيع.

قال الحاكم أبو الفضل: قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إلا إذا كان سواء مثل الأول زيتًا واحدًا، وسمنًا واحدًا، فيرد كله، أو يترك كله في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وهو قولنا. قال أبو الفضل أيضًا: وجدت في البيوع عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: إذا اشترى أثوابًا، فقبضها، أو لم يقبضها، فوجد ببعض الأثواب عيبًا، رد المعيب خاصة، ولزمه الآخر.

١٦٦٠٤ – وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: إذا اشترى عشرة قواصر تمر، فوجد ببعضها عيبًا، فإن كان تمرًا واحدًا من صنف واحد، ليس له أن يرد إلا جميعه، أو يأخذ جميعه، وإن كان مختلفًا، له أن يرد المعيب خاصة، وكذلك قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: فيما إذا اشترى أدانًا، ولم يسم، فوجد بعض ما في كل دنة معيبًا، فأراد أن يرد ذلك خاصة، بأن يرد المعيب، فليس له ذلك.

وكذلك لو وجد زقاقًا منه كلها معيبًا، كان له أن يرد ذلك، ويمسك ما لا عيب به، وكذلك إذا اشترى عددًا من كبة الغزل، فوجد في كل واحد شيئًا معيبًا، لا يكون له أن يرد ذلك، أو يرده خاصة، وإن وجد بعض العدد معيبًا، له أن يرد ذلك، ويمسك ما لا عيب به.

ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال: لا فرق بين ما إذا كان الكل في وعاء واحد، أو أوعية، ليس له أن يرد البعض بالعيب، وإطلاق محمد رحمه الله تعالى في الأصل يدل عليه، وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي.

١٦٦٠٥ – وفي المنتقى: قال محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى طعامًا، فوجد به عيبًا، فأراد أن يرد البعض دون البعض، فله ذلك، وكذلك كل ما يكال، أو يوزن، لأنه ليس في رد بعضه ضرر على البائع، قال محمد، وقال أبو حنيفة رحمهما الله تعالى: ليس له أن يرد البعض دون البعض، قال: وأظنه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى.

١٦٦٠٦ – وفي نوادر بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى جاريتين صفقة واحدة، ورأى بإحداهما عيبًا قبل القبض، فأعتق التي لا عيب بها، لزمته الأخرى، ولو قبض التي لا عيب بها، ثم أراد ردها، فله ذلك، ولو كان قبض التي بها العيب، وهو يعلم بالعيب، لزمتاه، ولو وجد بهما العيب، فقبض إحداهما، فله أن يردهما جميعًا.

ولو كان قبض إحداهما، وأعتقها، وهو لا يعلم بالعيب، ثم وجد بالأخرى عيبًا، ولم يقبضها، فله أن يردها، وإذا قبضهما جميعًا، فأعتق إحداهما، وهو يعلم بعيب الأخرى، فليس هذا منه رضا، ولو قبض واحدة، وترك واحدة، ثم وجد بكل واحدة عيبًا، فله أن يدع التي لم يقبض، إلا أن يرضى البائع أن يقبل الأخرى بعيبها، وإن شاء البائع ذلك، قبل

للمشتري : حذهما جميعاً ، أو ردهما جميعاً .

١٢٦٠٧ - وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى : إذا اشترى عبدين ، وعلم بعيب بهما ، فقبض أحدهما ، فهو رضا بعيبهما جميعاً .

١٢٦٠٨ - وفي المنتقى : رجل اشترى ثلاثة أعبد ، فقبض أحدهم ، ثم وجد بأحد الباقين عيباً ، فليس له إلا أن يردهم جميعاً ، أو يأخذهم جميعاً ، ولو كان أعتق العبد الأول ، لزمه بحصته من الثمن ، وهو بالخيار في الباقين ، إن شاء أخذهما ، وإن شاء ردهما ، وليس له أن يرد المعيب خاصة ، إلا أن يرضى البائع .

١٢٦٠٩ - وإذا اشترى جراب هروي ، وأخذ ثوباً منه ، وقطعه ، وخاطه ، أو باعه ، ثم وجد بثوب من الجراب عيباً ، فللمشتري أن يأخذ ما بقي من الثياب ، ويرد الذي به العيب خاصة ؛ لأنه حين استهلك فكأنه قبض كله ، ولو قال البائع : لا أسلم لك أنا أرضى أن يرد الجراب كله ، فليس له ذلك ، إلا أن يشاء المشتري ، ولو كان قطع الثوب ، ولم يخطه ، فرضي البائع أن يمسك الجراب ، ويأخذ الثوب المقطوع ، فله ذلك ، ذكر مسألة الجراب في المنتقى .

١٢٦١٠ - وفيه أيضاً : اشترى من آخر نخلاً فيه تمر بموضعه من الأرض ، ولم يره ، ولم يقبض المشتري النخل حتى جذ البائع ، فإن كان جذاذه ينقص النخلة ، أو التمر بأن كان لم يبلغ الجذاذ ، فالمشتري بالخيار ؛ لأن هذا عيب حدث في ضمان البائع ، وإن كان ما صنع البائع لم ينقص النخل والتمر ، فلا خيار للمشتري ؛ لأن فعله إصلاح ، وإذا قبضهما المشتري ، فوجد بأحدهما عيباً رده وحده ؛ لأن البائع سلم المبيع متفرقاً ، فلا بأس بالرد كذلك ، فإن كان المشتري قبض ذلك كله قبل الجذاذ ، ثم جده المشتري ، ولم ينقصه الجذاذ شيئاً ، ولم ينقص النخل أيضاً ، ثم وجد بأحدهما [عيباً ، لم يكن له أن يرد أحدهما دون الآخر ، وله أن يردهما جميعاً بالعيب الذي وجد بأحدهما][١] ؛ لأنه إذا قبضهما قبل الجذاذ كانا بمنزلة شيء واحد ، وليس هذا بمنزلة الفص والخاتم إذا ميز أحدهما عن الآخر بعد القبض ، وليس فيه ضرر ؛ لأن التمر بعض النخل ؛ لأنه خرج منه ، والفص ليس من الفضة ، ولو كان جذاذ المشتري نقص أحدهما ، ثم وجد العيب ، لم يرد واحداً منهما ، أما إذا كان العيب بالذي انتقص ؛ لأنه تعيب عنده بعيب زائد ، وأما إذا كان بالآخر ؛ لأنه لو رد الآخر ، تفرقت الصفقة ، وقد كانت مجتمعة ، فإذا تعذر الرد ، يرجع بنقصان العيب ؛ إلا أن يشاء البائع أن يقبل ذلك مع العيب ، حينئذ رده لأن امتناع الرد بما كان لحق البائع ، وإذا رضي زال حقه ، فيرتفع الامتناع .

[١] ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ ، م ، ب .

١٦٦١١ - وكذلك لو اشترى شاة على ظهرها صوف، فجز البائع الصوف قبل القبض، أو جزه المشتري بعد القبض، كان الجواب فيه كالجواب في الثمر، إلا أن فرق ما بينهما أن الصوف يدخل في العقد من غير شرط، بخلاف الثمر، والقياس في الثمر كذلك؛ لأن الثمر مع النخيل بمنزلة شيء واحد، لكون الثمر متصلا بالنخلة اتصال خلقة؛ إلا أنا تركنا القياس في الثمر بالنص، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «من باع نخلا مؤبراً فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع».

١٦٦١٢ - ولو كان شاة حاملا، فولدت عند البائع، ولم تنقصها الولادة، فقبضهما المشتري، ثم وجد بأحدهما عيباً، رده بحصته من الثمن؛ لأنه مبيع مقصود في يد البائع، فلا يكون في رد أحدهما تفريق الصفقة على البائع.

وإن قبضها، ثم ولدت، ثم وجد بأحدهما عيباً، لم يملك الرد؛ لأنه لا يمكن رد الأم مع الولد؛ لأن العقد لم يرد على الولد، فلا يرد عليه الفسخ، ولا يمكن رد الأم بدون الولد؛ لأن الولد عنده يبقى مقصوداً بلا عوض، فيكون رباً، بخلاف الصوف؛ لأنه شيء ظاهر صار مبيعاً، فصار انفصاله عن الأصل وبقاؤه متصلا به سواء، واللبن مثل الولد. يريد به إذا اشترى شاة، وفي ضرعها لبن، فحلب البائع، أو المشتري لبنها كان بمنزلة الولد، إذ لا قيمة له حالة الاتصال، كما في الولد، ولهذا إذا غصب شاة، يصير ضامناً لصوفها، ولا يصير ضامناً لولدها، ولبنها، ووزان هذه المسألة من تلك المسألة ما إذا جز الصوف بعد القبض، فحينئذ يمتنع الرد.

١٦٦١٣ - وإذا اشترى فجلا، أو سلجماً مغيباً في الأرض، فقلعه المشتري كله، فوجد ما اشترى من الخراج فيه تاماً ذلك، فوجد به عيباً بعد ما قلعه كله لا يستطيع الرد؛ لأن قلعه تعييب، ولكن يرجع بنقصان العيب.

١٦٦١٤ - وإذا اشترى من آخر عبداً بثمن معلوم، فجاء أجنبي، وزاد المشتري في المبيع ثوباً، فقبضه المشتري، فهذا متطوع، وللثوب حصة من الثمن، وقد رضي صاحب الثوب لأن[1] يكون حصة ثوبه للبائع، فإن وجد المشتري بالعبد عيباً، رده بحصته من الثمن، ويكون حصة الثوب للبائع، فإن وجد بالثوب عيباً بعد ذلك، رده على صاحبه، وأخذ من البائع ثلث

(١) وفي م: بأن.

الحصة، ولو لم يجد بالعبد عيبًا[1] ووجد بالثوب عيبًا، رده على صاحبه، ولم يرجع بحصته، وإن وجد بعد ذلك بالعبد عيبًا، رده على صاحبه بجميع الألف.

١٢٦١٥- وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا اشترى مصراعي باب، فأخذ أحدهما ليريه البائع، ثم ذهب ليأخذ الآخر، فوجده قد سرق من البائع هلك على البائع؛ لأنه هلك في يده، ويرد عليه المشتري ما أخذ إن شاء؛ لأنه صار معيبًا، فلو أن حين أخذ أحدهما عيبه بضرب فيه، وبقي المسألة بحالها، كان الهلاك على المشتري؛ لأن تعيب المأخوذ يؤثر في غير المأخوذ، فيكون[2] قبضًا، ونظائر الخفين والنعلين.

١٢٦١٦- وفيها أيضًا: اشترى فروة مع علاقاتها، واطلع على عيب بها، وأراد الرد، ردها بسائره، ووجدها معيبة؛ لأنه لو جمع العلاقات، امتنع الرد؛ لأن ذلك يكون رضا منه بالعيب، ولو ترك العلاقات، فكذلك يمتنع الرد؛ لأنه تعييب، فيزداد العيب، وإذا اشترى مشجرة، ووجد ببعض الأشجار عيبًا، فأراد أن يرد المعيب خاصة، ليس له ذلك؛ لأنها وإن كانت متباينة حقيقة، فهي كشيء واحد معنى، ألا ترى أن المعيب لو ردها خاصة لا يشترى من البائع بمثل ما يشترى مع غيره.

نوع آخر في بيان ما يمنع الرجوع بالأرش، وما لا يمنع:

كيفية الرجوع بنقصان العيب: أن يقوم المبيع، ولا عيب به، ويقوم، وبه ذلك العيب، فإذا كان تفاوت ما بين القيمتين العشر، فالمشتري يرجع على البائع بعشر الثمن، وإن كان تفاوت ما بين القيمتين النصف، فالمشتري يرجع على البائع بنصف الثمن، وعلى هذا القياس -فافهم-.

وإذا باع المشتري المبيع بعد ما علم بالعيب به، فالأصل في هذا أن في كل موضع لو كان المبيع قائمًا على ملك المشتري، يمكنه الرد على البائع إما برضاه أو بغير رضاه، فإذا أزاله عن ملكه بالبيع، أو ما أشبهه، لا يرجع بنقصان العيب، وفي كل موضع لا يمكنه الرد لو كان المبيع قائمًا على ملكه، فإذا أزاله عن ملكه بالبيع، أو ما أشبهه، يرجع بنقصان العيب، وهذا لأن المشتري الثاني قام مقام المشتري الأول بالبيع، فصار كون المبيع في يد المشتري الثاني لكونه في

(١) هكذا في النسخ الخطية من هنا، وكان في الأصل: لما.

(٢) هكذا في الأصل، وكان في النسخ الخطية التي عندنا: فيصير مكان فيكون.

يد المشتري الأول.

١٢٦١٧ - ولو كان المبيع في يد المشتري الأول، وأراد أن يرجع بنقصان العيب مع[1] إمكان الرد، ليس له ذلك، وعند تعذر الرد له ذلك، فكذا في يد المشتري الثاني بيان هذا الأصل: إذا تعيب المبيع في يد المشتري بعيب، ثم اطلع على عيب آخر، كان في يد البائع، كان له أن يرده برضى البائع، فإذا أخرج المبيع عن ملكه في هذه الصورة ببيع، أو ما أشبهه، ليس له أن يرجع بنقصان العيب، وإذا اشترى ثوباً، وصبغه، أو اشترى داراً، وبنى فيها، ثم اطلع على عيب به، ليس له أن يرده، وإن رضي به البائع، فإذا أخرجه عن ملكه في هذه الصورة بالبيع، أو ما أشبهه، يرجع بنقصان العيب.

١٢٦١٨ - قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير: رجل اشترى عبداً، وأعتقه، ثم وجد به عيباً، إن كان أعتقه على مال، لا يرجع بنقصان العيب، وإن كان أعتقه بغير مال، يرجع بنقصان العيب عندنا. والأصل في جنس هذه المسائل أنه متى تعذر رد المبيع على البائع بسبب إخراج المشتري المبيع عن ملكه بالبيع، أو الهبة، وكان ذلك قبل العلم بالعيب [منع الرجوع بالنقصان عند ظهور العيب؛ لأن المشتري متشبث بالمبيع مع إمكان الرد بعد العلم بالعيب][2].

أما التشبث بالمبيع بعد العلم بالعيب، فلأن[3] المشتري منه، والموهوب له متشبث به بعد العلم بالعيب، أو بتشبثهما كتشبث المشتري الأول؛ لأنه حصل بتسليطه، وأما مع إمكان الرد، فلأن المشتري منه لو رد المشتري عليه بعيب، أمكنه الرد على البائع، وكذلك الموهوب له لو فسخ الهبة مع المشتري أمكنه الرد؛ لما قلنا.

والتشبث بالمبيع بعد العلم[4] بالعيب مع إمكان الرد دليل الرضا بالعيب، والرضا بالعيب يسقط حق المشتري في الرد في الرجوع بنقصان العيب، ومتى تعذر الرد بمعنى المشتري على حكم المشتري من غير فعله، وكان ذلك قبل العلم بالعيب لا يمنع الرجوع بنقصان العيب، وتلك كالموت؛ لأنه غير متشبث بالمبيع بعد العلم مع إمكان الرد، فلا يمنع الرجوع بنقصان

..

(١) وفي م: بنقصان العيب، وهذا لأن مع إمكان الرد... إلخ.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ف وم وب.

(٣) وفي النسخة م: مكرر بدلاً من فلأن.

(٤) وفي ظ: مع العلم مكان بعد العلم.

وذكر في موضع من «المنتقى» عن محمد رحمه الله تعالى: إذا أكل بعض الطعام، ثم علم بالعيب أنه يرجع بنقصان العيب فيما أكل، وفيما بقي، ولا يرد الباقي، وذكر في موضع آخر منه عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه إذا أكل بعض الطعام، رجع بنقصان العيب في الذي بقي عنده، وذكر في موضع آخر: عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى: إذا أكل بعض الطعام، ثم اطلع على عيب كان بالذي أكل، وبالذي بقي، فإنه يرجع بنقصان عيب ما أكل، وكذلك بجميع ما يكال، أو يوزن مما لا يضره التبعيض، فأما إذا باع بعض المكيل والموزون، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف: لا يرد ما بقي، ولا يرجع بشيء من النقصان؛ لأنه في حكم شيء واحد، فصار بمنزلة العبد الواحد، وعن محمد: أنه يرد ما بقي، ولا يرجع بحصة العيب فيما بقي، هكذا ذكر في «الأصل»، وكان الفقيه أبو جعفر والفقيه أبو الليث رحمهما الله تعالى يفتيان في هذه المسائل بقول محمد على ما ذكر في «الأصل» رفقاً بالناس، وعليه اختيار الصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله تعالى.

١٢٦٢٢- وفي «فتاوى أبي الليث»: إذا اشترى دقيقاً، وخبز بعضه، ثم تبين أن الدقيق مر، رد الباقي بحصته من الثمن، ويرجع بالنقصان بحصة ما استهلك، وهو بناء على مذهب محمد رحمه الله تعالى على ما هو المذكور في «الأصل».

وفي «المنتقى» عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه إذا باع بعض الطعام رد ما بقي في يده، ولا يرجع بنقصان العيب[1].

وفي موضع آخر من «المنتقى»: إذا باع بعض الطعام، ثم وجد بالباقي عيباً، ثم يرد الباقي، ولا يرجع بالنقصان في قوليهم جميعاً.

١٢٦٢٣- إذا أبق المبيع بعد القبض، ثم علم المشتري به عيباً، كان عند البائع لا يكون له أن يرجع بنقصان العيب، ما دام العبد حياً، فإذا مات، الآن يرجع بنقصان العيب، وهذا لأن الرجوع بنقصان العيب خلف عن الرد بالعيب، وإنما صار الخلف عند وقوع اليأس عن الأصل، وما دام العبد حياً، لا يقع اليأس عن الأصل، فلهذا لا يرجع بنقصان العيب.

١٢٦٢٤- وإذا اشترى أرضاً، ووقفها، ثم وجد به عيباً [رجع بنقصان العيب، ذكر المسألة هلال الرازي في وقفه، ولو جعله مسجداً، ثم وجد به عيباً][2] لا يرجع بنقصان

---

(١) وفي م: بنقصان عيب ما بقي.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل واستدرك من ظ وم وب.

العيب، ذكر المسألة القدوري رحمه الله تعالى في شرحه، والفرق بينهما أنه لما جعله مسجدًا، فقد جعله لله تعالى، قال الله تعالى: ﴿وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا مَعَ اللَّهِ أَحَدًا﴾[١]، ومتى صار لله تعالى زال عن ملكه، ولهذا لا يعتبر فيه شرطه، فإنه لو جعل داره مسجدًا بشرط أن يصلي فيه فلان، لا يعتبر هذا الشرط، ولو بقي على حكم ملكه لاعتبر شرطه[٢]؛ لأنه حينئذ يكون هذا شرطًا في ملكه، علم أن الملك زال عن ملكه باتخاذه مسجدًا، فصارت الإزالة عن ملكه باتخاذه مسجدًا كالإزالة بالبيع، وهناك لا يرجع بالأرش، فهنا كذلك، أما جعله وقفًا لا يزيله عن ملكه؛ لأن الموقوف باق على حكم ملكه، ألا ترى أنه يعتبر شرطه، فإنه لو وقف أرضه بشرط أن يصرف غلته إلى فلان دون فلان يعتبر شرطه، فلم توجد الإزالة في باب الوقف، فلا يمتنع الرجوع بالأرش.

ذكر القدوري مسألة المسجد في شرحه من غير ذكر خلاف، وفي موضع آخر أنه على قول محمد رحمه الله تعالى: لا يرجع بنقصان العيب، وعلى قول أبي يوسف: يرجع بناء على أن على قول محمد المسجد مؤبد، فتمت الإزالة عن ملكه، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى المسجد غير مؤبد، فلم تتم الإزالة عن ملكه، وصار من حيث المعنى كأنه لا إبانة.

١٢٦٢٥ - ولو اشترى ثوبًا وكفن به ميتًا، فإن كان المشتري وارث الميت، وقد اشترى بشيء من التركة رجع بالأرش، ولو تبرع بالتكفين أجنبي، لم يرجع بأرش العيب.

والفرق وهو أن المشتري إذا كان وارثًا، وقد اشترى من التركة لمورثه، فالملك في الكفن لم يثبت للوارث، بل هو على حكم ملك المورث، فبقي الملك في الكفن على الوجه الذي أوجبه العقد، وقد تعذر الرد، فيرجع بالأرش، بخلاف ما إذا تبرع أجنبي بالتكفين؛ لأن الكفن ملك المتبرع، والتكفين إزالة عن ملكه، فبطل حقه من كل وجه، كما لو تبرع به على إنسان في حال حياته.

١٢٦٢٦ - وإذا مات العبد المشتري في يد المشتري الثاني، ثم اطلع على عيب به، ورجع على بائعه، والمشتري الأول بنقصان العيب، فالمشتري الأول لا يرجع على بائعه بنقصان العيب؛ لأن البيع الثاني لم ينفسخ، فلم يثبت حق الرد للمشتري الأول، فلا يثبت له حق الرجوع بالنقصان خلفًا عنه، وهذا على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وعلى قول أبي

---

(١) سورة الجن: الآية ١٨.

(٢) وفي م: لا يعتبر شرطه مكان: لاعتبر شرطه.

يوسف رحمه الله تعالى : يرجع ، ذكر قول أبي يوسف في هذه المسألة في "المنتقى" ، ولم يذكر قول محمد ، وذكر في "المنتقى" أيضاً قول محمد رحمه الله تعالى في مثل هذه المسألة نظير قول أبي يوسف في هذه المسألة ، وذكر قول أبي يوسف بخلافه[1].

وصورتها : رجل اشترى من آخر جارية ، وباعها من غيره ، فولدت في يد المشتري ولداً ، ووجد بها عيباً قد كان دلسه البائع الأول[2] ، ولم يعلم به المشتري الأول ، ورجع المشتري الثاني على المشتري الأول بنقصان العيب ، لا يرجع به المشتري الأول على بائعه بذلك في قول أبي رحمه الله تعالى ، وقال محمد : يرجع .

قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع" : رجل اشترى من آخر عبداً بألف درهم ، وتقابضا ، ثم أقر المشتري أن البائع قد كان أعتقه قبل البيع ، أو دبره ، أو كانت أمة ، فأقر أنه استولدها ، وأنكر البائع ذلك ، وحلف ، لا يصدق المشتري على البائع ؛ لأن إقرار الإنسان ليس بحجة على غيره على ما عرف ، ويكون العبد حراً في الإقرار بالعتق وولاءه موقوف ، وصار مدبراً موقوفاً في مسألة التدبير ، وكذا في مسألة الاستيلاد ، وإن وجد المشتري المبيع عيباً ، علم أنه كان عند البائع ، فله أن يرجع بنقصان العيب ؛ لأنهما تصدقا على الرجوع بنقصان العيب ، أما البائع ، فلأن في زعمه أن المشتري أقر كاذباً ، وأنه صار كالمنشئ للإعتاق ، والتدبير ، وذلك لا يمنعه عن الرجوع بنقصان العيب على ما مر ، والمشتري يزعم أن البيع وقع باطلاً ، وأن له حق الرجوع بجميع الثمن ، فصار قدر النقصان متفقاً ، فلهذا رجع بنقصان العيب ، وكذلك لو كان المشتري أقر أنه حر الأصل ، والمسألة بحالها ، رجع بنقصان العيب ، لما قلنا .

١٢٦٢٧ - ولو كان المشتري أقر أن العبد لم يكن للبائع يوم باعه ، وإنما كان لفلان ، فصدقه المقر له في ذلك ، فإن شاء أجاز بيع البائع ، وأخذ منه الثمن ، وإن شاء لم يجز ، وأخذ العبد ؛ لأنه ثبت بتصادقهما أن البائع كان فضولياً في هذا البيع ، وأن البيع توقف على إجازة المقر له ، فيكون له الخيار .

فإن أجاز بيعه ، وأخذ الثمن ، ثم إن المشتري وجد بالعبد عيباً قديماً ، لم يرجع بشيء على البائع ؛ لأن الإقرار من المشتري نزله منزلة التمليك ، ولا يعني به أن الإقرار بتمليك

---

(١) وفي "ف" : وذكر قول محمد وأبي يوسف بخلافه .

(٢) وفي "م" : وقد كان عند البائع الأول .

مبتدأ؛ لأن الإقرار إخبار عن كائن سابق، والتمليك إنشاء تملك، ولكن يجيء به أن الإقرار يدل على التمليك؛ لأن الإقرار بالملك إخبار عن سبب الملك، والملك لا بد له من التمليك، ولكن الإقرار إنما يدل على سبق التمليك بأدنى زمان يمكن، فيجعل كأن المشتري ملكه منه، ثم أقر أنه على ذلك، ولو كان هكذا، انقطع حق المشتري عن الثمن، وبطل حقه في الرد أصلاً، وهذا إذا صدقه المقر له في الإقرار، فإن كذبه فله رده بالعيب؛ لأن الإقرار نفسه ليس بتمليك، وإنما يثبت التمليك في ضمن الإقرار، فإذا بطل الإقرار، بطل التمليك الذي ثبت في ضمنه، وكذلك لو كان الإقرار من المشتري بهذا بعد علمه بالعيب، وكذبه المقر له رده المشتري على البائع، بخلاف ما إذا عرضه المشتري على البيع بعد العلم بالعيب، والفرق وهو أن العرض على البيع[1] إنشاء تصرف يعتمد الملك في المحل بقضية الأصل، فيكون ذلك دليلاً على تقرير ملكه، وإبطال حقه في العيب، وأما الإقرار كما يصح في الملك يصح في غير الملك، حتى أن من أقر بما لا يملك، ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له، فلا يكون هذا رضا من المقر بتقرير ملكه[2].

١٢٦٢٨- ولو وجد به المشتري عيباً، ثم حدث به عيب آخر، ثم أقر قبل ردّه، ونال قبل الإقرار، فرجع بنقصان العيب، ثم أقر به المشتري لرجل، وصدقه المقر له، لم يرجع البائع على المشتري بنقصان العيب الذي أخذ منه؛ لأن أكثر ما في الباب أن الإقرار من المشتري جعل بمنزلة تمليك مبتدأ على ما مر، إلا أن التمليك إنما يثبت سابقاً على الإقرار بأدنى زمان يمكن، فيحتمل وجود التمليك بعد الرجوع بنقصان العيب، ويحتمل أن يكون قبله، فلا يبطل المأخوذ بالشك، وفي الفصل الأول لا يثبت[3] حق الرجوع للمشتري بالشك.

١٢٦٢٩- قال محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من رجل عبداً بألف درهم، وتقابضا، فأقر المشتري أن العبد كان لفلان أعتقه قبل أن اشتريته، وأنكر البائع ذلك كله، فهذا على وجوه: إما أن صدقه المقر له في الملك والإعتاق، أو صدقه في الملك دون الإعتاق، أو كذبه فيهما جميعاً، ففي الوجه الأول كان العبد مولى للمقر له؛ لأن المشتري أقر له بالملك، وشهد عليه بالعتق، فإذا صدقه في الملك، نفذ الكل عليه، فإن وجد المشتري بالعبد عيباً

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من م وب وف.

(٢) وفي م: ... لا ... ملكه.

(٣) وفي ظ: لا يجعل مكان لا يثبت.

قديمًا، لم يرجع بشيء؛ لأنه لما ثبت الملك للمقر له بإقرار المشتري، ولم يصدق على البائع جعله كأن المشتري ملكه بعد الشراء تمليكًا مبتدأ، ثم أعتقه المقر له، ثم أقر به المشتري، ولو كان كذلك لم يرجع المشتري على البائع بشيء، فههنا كذلك، وفي الوجه الثاني دفع العبد إلى المقر له، وكان عبدًا له، لا يعتق عليه؛ لأن المشتري أقر له بالملك، وأشهد عليه بالعتق، فثبت ما أقر به بحكم التصديق، وبطل ما شهد به بحكم التكذيب، وإن وجد المشتري عيبًا، لم يرجع بشيء، لما قلنا: إن الإقرار منه بمنزلة تمليك مبتدأ على ما قررنا، وفي الوجه الثالث عتق العبد على المقر له؛ لأنه ما ملكه ظاهرًا، وقد أقر بحريته، حيث نسب الإعتاق إلى من يزعمه مالكًا، والمالك الظاهر متى أقر بحرية مملوكه، يعتق، وكان الولاء موقوفًا؛ لما قلنا قبل هذا: وإن وجد المشتري بالعبد عيبًا قديمًا، يرجع بنقصان العيب على البائع؛ لأن المقر بهذا الإقرار جعل كالمنتهي للإعتاق، ولم يجعل بمنزلة التمليك؛ لأن التمليك إنما كان مقتضى للإقرار بالملك للمقر له، وقد بطل الإقرار بتكذيب المقر له، فيبطل ما ثبت في ضمنه.

ولو أقر المشتري أنه اشتراه، وهو لفلان، إلا أن المشتري قال: أعتقه فلان بعد شرائه، لا يرجع بنقصان العيب، أما إذا صدقه المقر له فيهما، أو صدقه في الملك دون الإعتاق، فلما قلنا، وكذلك إذا كذبه فيهما، فرق بين هذا وبين ما تقدم، والفرق وهو أن فيما تقدم المشتري زعم أن شراءه وقع على حر، فلا يثبت الملك له حتى يجعل الإقرار بالملك لفلان تمليكًا مبتدأ منه، أما ههنا أقر أن الشراء وقع على مال متقوم، وشراء ما هو مال متقوم شراء صحيح، فقد أقر بصحة الشراء، ثم أقر المقر له بالملك على وجه لا يحتمل البطلان، والإقرار بالملك لفلان بعد الإقرار بصحة الشراء إقرار منه بالتمليك من فلان، وتعلق به حق البائع، وهو أن تنقطع خصومة المشتري معه في العيب، وبتكذيب المقر له إن بطل الإقرار في حق المشتري لم يبطل في حق البائع.

استشهد في الكتاب، فقال: ألا يرى أن المشتري إذا قال: إني بعت العبد من فلان، وإن فلانًا أعتقه بعد الشراء، وكذبه فلان، ثم وجد المشتري به عيبًا، لم يرده ولم يرجع بشيء[1]؛ لأنه أقر بالتمليك من فلان على وجه لا يحتمل النقض، وقد تعلق به حق البائع الأول من حيث البراءة من العيب، ولو بطل إقرار البائع الثاني في حقه بتكذيب المقر به، لم يبطل في حق البائع الأول، كذا ههنا.

ثم فرع على مسألة الاستشهاد، وقال: لو ادعى أنه باعه من فلان، ولم يذكر الإعتاق،

---

(١) وفي النسخة "م": ولم يرجع بنقصان العيب.

القاضي، ويجوز البيع فيما قسم إليهما، ويثبت الملك للمشتري، وصار ذلك كما لو باعه فالمقر له من جهته، وتعلق به حق البائع، وهو بطلان خصومة المشتري معه في العيب، إلا أنه بإسناد التدبير والاستيلاد إلى ما قبل الشراء ادعى معنى زائدا مانعا ثبوت الملك له بالشراء مع قيام المعاملة، فلم يصدق في دعواه الإسناد، وبقي أن يرجع إلى البائع؛ فلهذا لم يرجع بنقصان العيب.

١٢٦٣١ - ذكر في فتاوى أهل سمرقند: إذا اشترى سمنا ذائبا وأكله، ثم أقر البائع أنه قد كان وقع فيه فأرة، وماتت، يرجع بنقصان العيب عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، وعليه الفتوى.

١٢٦٣٢ - إذا اشترى شجرة ليقطعها، فوجدها لا تصلح إلا للحطب، يرجع بنقصان العيب، إلا أن يأخذها البائع مقطوعة في هذا الموضع أيضا. قالوا: هذا إذا اشتراها لا لأجل الحطب، أما إذا اشتراها لأجل الحطب، لا يرجع بنقصان العيب.

١٢٦٣٣ - قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع: مسلم اشترى عصيرا، وقبضه، وتخمر في يده، ثم اطلع على عيب به، لا يرده ويرجع بنقصان العيب؛ لأن تعذر الرد كان بمعنى لا من جهة المشتري، فإن قال البائع: أنا آخذ الخمر بعيبها، فليس له ذلك؛ لأن منع الرد لحق الشرع؛ لأن الرد بالعيب بغير قضاء عقد جديد في حق الثالث، وحرمة تمليك الخمر حق الشرع، فصار الرد بالعيب عقدا جديدا في الشرع، فيمتنع في الخمر، فعلم أن امتناع الرد لحق الشرع، فلا يسقط برضا البائع، فإن لم يختصما في العيب حتى صارت خلا، يرجع بنقصان العيب ولا يرده بالعيب، إلا أن يقبله البائع؛ لأن العين وإن عاد مالا متقوما، إلا أنه ازداد حلاوة، والرغبات تختلف باختلاف الصفات، فلا يرده إلا أن يقبله البائع؛ لأن امتناع الرد لحق البائع، وقد رضي به البائع.

١٢٦٣٤ - ولو أن نصرانيا اشترى من نصراني خمرا، وقبضها، ثم أسلما، ثم وجد المشتري بالخمر عيبا، لا يرده بالعيب، وإن رضي البائع بذلك، ولكن يرجع بنقصان العيب، فإن لم يرجع بنقصان العيب حتى صار الخمر خلا، لم يرده بالعيب، إلا أن يرضى البائع.

١٢٦٣٥ - قال محمد رحمه الله تعالى في الأصل: رجل اشترى الجوز والبيض، فكسره، فوجده فاسدا، فله أن يرده، ويأخذ الثمن كله، قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: يريد به إذا وجده خاويا، أو وجده منتن البيض، أو وجد البيض مذرة؛ لأنه تبين أن البيع لم يصح، لما بين بعد هذا إن شاء الله تعالى، أما إذا وجده قليل

اللب، أو وجد لبه فاسداً، أو لم يكن مكسراً، فهو من باب البيع، وليس من باب الفساد، وقد تعذر الرد بسبب الكسر، فيرجع بنقصان العيب، إلا أن يرضى البائع أن يأخذ مكسوراً، حتى لو وجده بهذه الصفة قبل الكسر، كان له الرد بسبب العيب؛ لأن الرد ممكن، والمسألة على هذا التفسير مذكورة في "المنتقى". وصورة ما ذكر ثمة إذا اشترى جوزاً، فكسره، فوجده فاسداً، لا ينتفع به، فإنه يرده، ويرد ما بقي، ويأخذ الثمن كله، وإن كان ما كسر ينتفع به، وله ثمن، بأن كان قليل اللب، أو كان أسود اللب، فإنه لا يرده، ولا يرد ما بقي، ولكنه يرجع بنقصان العيب فيما كسر، قال ثمة: فهذا عيب، والأول ليس بعيب [بل هو عدم، وهذا إذا كسره][1]، ولم يعلم بالعيب، أما إذا كسره وهو عالم بعيبه، صار راضياً، فبطل حقه من كل وجه، ثم ما ذكر في الكتاب مستقيم في البيض؛ لأنه لا قيمة لقشره، فإذا وجده فاسداً تبين أن المبيع لم يكن مالاً، فتبين أن البيع كان باطلاً لعدم مصادفته محله، فيرده، ويرجع بجميع الثمن.

وفي الجوز أيضاً مستقيم إذا لم يكن للقشر قيمة، أما إذا كان للقشر قيمة، بأن كان في موضع يعد للحطب، ويستعمل قشر الجوز استعمال الحطب، فوجده خاوياً، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، منهم من قال: [يرجع بحصة اللب، ويصح العقد في القشر بحصته؛ لأن العقد في حق القشر صادف محله، ومنهم من قال:][2] يرد القشر، ويرجع بجميع الثمن؛ لأن مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر، فإذا كان اللب لا يصلح للانتفاع به، لم يكن محل البيع موجوداً، وإن كان للقشر قيمة، فتبين أن العقد وقع باطلاً، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى.

وإذا اشترى بيض نعامة، فكسرها، ووجدها مذرة؛ ذكر بعض المشايخ رحمهم الله تعالى في "شرح الجامع الصغير": أنه يرجع بنقصان العيب، ولا يرجع بجميع الثمن؛ لأنه ينتفع بقشرها، فكونها مذرة يكون عيباً فيها، فيرجع بنقصان العيب، وهذا الفصل يجب أن يكون بلا خلاف؛ لأن مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه، بخلاف قشر الجوز على قول بعض المشايخ، وأما إذا كسر بيض النعامة، فوجد فيها فرخاً ميتاً، اختلف فيه المتأخرون رحمهم الله تعالى، منهم من قال: لا يجوز؛ لأنه اشترى شيئين، وأحدهما ميت، فلا يجوز، كما بعد الانفصال، ومنهم من قال: يجوز؛ لأن البيض في معدنه، ومثل هذا لا يمنع

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

(2) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

جواز البيع ، كما إذا اشترى جارية ، وفي بطنها ولد ميت ، وأما إذا وجد البيض فاسداً ، لم يذكر في الكتاب . وحكي عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله تعالى أنه قال : إذا اشترى ألفاً ، أو ألوفاً من الجوز ، فوجد فيها عشرة أو نحوها خاوية ، لا يرجع بشيء ؛ لأن الكثير من الجوز لا يخلو عن مثل هذا في العرف والعادة ، وهو نظير التراب في الحنطة ، ثم إنه جعل العشرة قليلاً في الألف والألوف جميعاً ، وما زاد على ذلك في حد الكثير ، ومن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال : الواحد في كل مائة قليل ، حتى لو كان ألفاً ، فالعشرة فيها عفو ، وما زاد على ذلك كثير .

وأما البيض فقد حكي عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله تعالى أيضاً : أنه قال : إذا اشترى مائة بيضة ، فوجد فيها واحدة ، أو اثنين ، أو ثلاثة مذرة ، لا يكون له أن يرجع بشيء ، وجعل الثلاثة في المائة قليلاً .

وأما إذا اشترى عشرة من الجوز ، فوجد فيها خمسة خاوية ، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه ، بعضهم قالوا : يجوز العقد في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن بالإجماع ، وقال بعضهم : يفسد البيع في الكل بالإجماع ، وقال بعضهم : العقد يفسد في الكل عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ؛ لأنه جمع في العقد بين ما له قيمة ، وبين ما لا قيمة له ، فصار كالخمر والميتة ، وعندهما يصح العقد في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن ، وهو الأصح ؛ لأن هذا بمنزلة الثمن المتصل عندهما ، فإن الثمن ينقسم على الأجزاء ، لا على القيمة ، وكذلك إذا اشترى بطيخاً ، فكسرها ، فوجدها منتناً ، لا يصلح لأكل أحد من الناس ، ولا لعلف الدواب ، فإنه يرجع بجميع الثمن ، فإن كان يصلح لعلف الدواب ، أو كان قشره يصلح لعلف الدواب ، فهذا من باب العيب ، فيرجع بنقصان العيب ، لتعذر الرد بسبب الكسر ، وكذلك القثاء ، فإذا اشتراه ، فوجده مراً ، إن كان يصلح لعلف الدواب ، أو يتكلف بعض الناس لأكله ، فهذا من باب العيب ، وإن كان لا يصلح ، لا لأكل أحد من الناس ، ولا لعلف الدواب ، فالعقد باطل ، وعلى هذا القثاء ، والقثاء إذا وجده مراً بعد ما كسر ، وعلى هذا حكم الثمار وغيره من الفواكه .

١٦٦٣٦ - وفي « المنتقى » : إذا اشترى بطيخاً بدرهم عدداً ، وكسر واحداً بعد القبض ، فوجده فاسداً لا ينتفع به ، فله أن يرجع بحصته ، ولا يرد غيرها ، قال : وليس البطيخ في هذا كالجوز ، يريد به أن في الجوز إذا وجد بعضه فاسداً ، رد كله ، قال : واللوز والفستق والبندق والبيض نظير الجوز ، والرمان ، والسفرجل ، والقثاء ، والخيار نظير البطيخ .

وحادث لا يحتمل الحدوث من وقت البيع إلى وقت الخصومة كأثر الجدري، وما أشبه ذلك، وحادث يحتمل الحدوث من وقت البيع إلى وقت الخصومة كالجراحات، وما أشبهها، وحادث لا يحتمل التقدم على مدة البيع.

وأما الباطن فنوعان: نوع يعرف بآثار قائمة كالثيابة والحبل والداء في موضع لا يطلع عليه الرجال.

ونوع لا يعرف بآثار قائمة كالسرقة والإباق والجنون، فإن كان المدعى في عيب ظاهر يعرفه القاضي بالمشاهدة ينظر إليه، فإن وجده سمع الخصومة، وما لا فلا.

ثم إذا سمع الخصومة، فإن كان العيب قديمًا أو حادثًا لا يحدث من وقت البيع إلى وقت الخصومة كان للمشتري أن يرده؛ لأنه عرف قيامه للحال بالمعاينة، وتيقن بوجوده عند البائع إذا كان لا يحدث مثله أو لا يحدث في مثل هذه المدة، فيرده المشتري إلا أن يدعي البائع سقوط حق المشتري في الرد بالرضا أو غيره، ويكون القول قول المشتري فيه مع يمينه. ثم عند طلب البائع يمين المشتري يحلف المشتري باتفاق الروايات.

وعند عدم طلبه هل يحلف المشتري؟ عامة المشايخ على أنه لا يحلف في ظاهر الرواية، ورأيت في المنتقى رواية عن أبي يوسف: أن المشتري إذا أراد الرد بعيب لا يحدث مثله يحلف بالله ما علم بالعيب حين اشتراه، ولا رضي به منذ علم، ولا عرضه على بيع.

قال: وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول: لا أحلف المشتري حتى يدعي ذلك البائع، قال: وأحب إلي أن أستحلفه، وإن لم يدع البائع ذلك.

وعن أبي حنيفة رحمه الله رواية أخرى أن المشتري لا يحلف على ذلك من غير دعوى، ثم كيف يحلف المشتري؟ أكثر القضاة على أنه يحلف بالله ما سقط حقك في الرد بالعيب من الوجه الذي يدعيه لا نصًا ولا دلالة، وهو الصحيح.

وإن كان عيبًا يحتمل الحدوث في مثل هذه المدة، ويحتمل التقدم عليه، أو كان مشكلاً، فالقاضي يسأل البائع أكان به هذا العيب في يده، فإن قال: نعم، كان للمشتري حق الرد إلا أن يدعي البائع سقوط حق المشتري في الرد، ثبت ذلك بنكوله، أو بالبينة؛ فإن أنكر فالقول قوله مع يمينه إذا لم يكن للمشتري بينة على كون هذا العيب عند البائع، ثم كيف يحلف البائع؟

ذكر في الأقضية في موضع يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب، وهذا لا يكاد يصح لجواز أنه حدث به هذا العيب بعد البيع قبل التسليم، وأنه يكفي لثبوت حق الرد.

وذكر في موضع آخر منه : أنه يحلف بالله لقد بعته وسلمته، وما به هذا العيب.

وهكذا ذكر محمد في الجامع والقدوري في كتابه. وهذا لا يكاد يصح أيضاً لجواز أن العيب حدث بعد البيع قبل التسليم، وأنه يكفي للرد، فمتى حلف عليهما كان البائع باراً في يمينه لو كان العيب حادثاً بعد البيع قبل التسليم، فيبطل حق المشتري في الرد.

وذكر في كتاب الاستحلاف : أنه يحلف بالله لقد سلمته بحكم هذا البيع، وما به هذا العيب، وهذا لا يكاد يصح أيضاً لجواز أنه كان إلا أن المشتري أضرب، أو أبرأه عنه.

فالاعتماد على ما روى بشر عن أبي يوسف أنه يحلف بالله ما لهذا المشتري قبلك حق الرد بالعيب الذي يدعيه، وهذا تحليف على الحاصل، وأنه موافق لمذهب محمد في كثير من المسائل على ما يأتي بيانه في موضعه إن شاء الله تعالى.

١٢٦٤٣- وإن كان عيباً لا يحتمل التقدم على مدة البيع، فالقاضي لا يرده على البائع؛ لأنه تيقن بانعدامه في يده، وأما إذا كان العيب باطناً، فإن كان يعرف بآثار قائمة في البدن، وكان ذلك في موضع يطلع عليه الرجال، فإن كان للقاضي بصارة بمعرفة الأمراض ينظر بنفسه في ذلك، وإن لم يكن له بصارة في ذلك يسأل من له بصارة في ذلك، ويعتمد على قول مسلمين عدلين، وهذا أحوط، والواحد يكفي، فإذا أخبره واحد مسلم عدل بذلك يثبت العيب بقوله في حق توجه الخصومة، فيحلف البائع لا يرد بقول: هذا الواحد هكذا، ذكر بعض المشايخ في شرح الجامع الصغير، وفي شرح أدب القاضي للخصاف.

وذكر بعض المشايخ في شرح المبسوط : أنه ما لم يتفق اثنان عدلان من الأطباء لا يثبت العيب في حق توجه الخصومة، فبعد ذلك ينظر إن كان هذا العيب مما يحتمل بحدوث في مثل هذه المدة عرف ذلك بقول الواحد، أو المثنى، أو أشكل عليهم ذلك.

واختلفوا فيما بينهم، فإنه لا يرد على البائع، بل يحلف، وإن كان هذا العيب لا يحتمل الحدوث في مثل هذه المدة، إن عرف وجوده بقول الواحد: لا يرد، ويحلف البائع، وإن عرف وجوده بقول المثنى، ذكر في الأقضية، وفي القدوري: أنه يرد بقولهما، وهكذا ذكر بعض المشايخ في شرح الجامع.

وعن أبي يوسف: أنه لا يرد بقول المثنى، ويحلف البائع؛ لأنهم لا يشهدون عن حقيقة الأمر، وإنما يشهدون عن ظن، وأنه لا يصلح حجة للرد.

وفي أدب القاضي للخصاف : إن قبل القبض يرد بقول المثنى، وبعد القبض يحلف البائع.

١٣٦٤٤ - وإن كان عيبًا لا يطلع عليه إلا النساء كالحبل وما أشبه ذلك، فالقاضي يريه النساء، والواحدة العدلة تكفي، والثنتان أحوط، فإذا قالت واحدة عدل: إنها حبلى، وقالت ثنتان ذلك، يثبت العيب في توجه الخصومة، فبعد ذلك إن قالت، أو قلن: إن حدث في مدة البيع لا يرد على البائع، ولكن يحلف البائع، فإن نكل الآن يرد عليه، وإن قالت أو قلن: كان ذلك عند البائع إن كان ذلك بعد القبض لا يرد، ولكن يحلف البائع، لأن شهادة النساء حجة ضعيفة، والعقد بعد القبض قوي، ولا يجوز فسخ العقد القوي بحجة ضعيفة، وإن كان ذلك قبل القبض

وكذلك لا يرد بقول الواحدة، وهل يرد بقول الثنتين؟ ذكر بعض مشايخنا أن على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لا يرد، وعلى قياس قولهما يرد.

وذكر الخصاف في أدب القاضي: أنه لا يرد في ظاهر رواية أصحابنا، وفي القدوري: أنه لا يرد في المشهور من قول أبي يوسف ومحمد، لأن ثبوت العيب بشهادتهن أمر ضروري، ومن ضرورة ثبوت العيب توجه الخصومة.

أما ليس من ضرورة الرد، فيحلف البائع، فإذا نكل فقد تأيدت شهادتهن بنكوله، فيثبت الرد.

ذكر الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله مطلقًا: أنه يثبت الرد بشهادتهن، لأن شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال كشهادة الرجال فيما يطلع عليه الرجال.

وعن محمد في رواية ابن سماعة مطلقًا: أنه يثبت الرد بشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال إلا في الحبل، لأن معرفة الحبل غير ممكن، لأن الحبل من جملة ما تولى الله علمه سبحانه، أما معرفة ما سوى الحبل ممكنة بالنظر إليه، فجاز الرد بشهادتهن.

وفي النوادر: عن أبي يوسف أن قبل القبض يثبت الرد بشهادتهن، بخلاف ما بعد القبض.

والفرق أن شهادة النساء إن كانت حجة ضعيفة إلا أن العقد قبل القبض ضعيف أيضًا، ولهذا يملك المشتري الرد بالعيب قبل القبض من غير قضاء ولا رضاء، فيجوز فسخ العقد الضعيف بحجة ضعيفة، بخلاف ما بعد القبض.

١٣٦٤٥ - وفي المنتقى: ابن سماعة عن أبي يوسف: اشترى جارية فقبضها، وادعى أنها رتقاء، أريتها النساء، فإن قلن: رتقاء، رددتها على البائع، وكذلك إذا ادعى أن بها كية قديمة في موضع لا ينظر إليه إلا النساء، قال: وأرد في مثل هذا بقول امرأة واحدة، قال: ثقة.

عليه، وإن قالوا: هي كذلك في الحال، ولكن ما كانت منقطعة الحيض عنده، وإنما حدث هذا العيب في يد المشتري، توجهت الخصومة على البائع، لتصديقهم على قيام العيب للحال، فإن طلب المشتري يمين البائع، يحلف البائع على ذلك، وكيفية الاستحلاف فيه كما في دعوى سائر العيوب، فإن حلف، برئ، وإن نكل، يرد عليه؛ لأن نكوله بمنزلة إقراره، وأنه حجة ملزمة، فإن شهد للمشتري شهود على انقطاع الحيض عند البائع، لا تقبل شهادتهم، بخلاف ما لو شهدوا على حبلها حيث تقبل، والفرق أن الاستحاضة دور الدم، وإنه مما يوقف عليه، أما انقطاع الحيض على وجه يعد عيبًا لا يقف عليه الشهود، فقد تيقن القاضي بكذبهم، فلا يقبل شهادتهم، وإن أنكر البائع انقطاع حيضها للحال، هل يستحلف البائع على ذلك؟ على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: لا يستحلف، وعلى قولهما: يستحلف، وبعد هذا يحتاج إلى بيان الحد الفاصل بين المدة اليسيرة والكثيرة، قالوا: ويجب أن يكون هذه المسألة نظير مسألة مدة الاستبراء إذا انقطع الحيض، وفي تلك المسألة روايات مختلفة، فعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه قدر الكثير بثلاثة أشهر، وعن محمد رحمه الله تعالى: أنه قدر الكثير بأربعة أشهر وعشر، ثم رجع، وقدر الكثير بشهرين وخمسة أيام، وعن أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى: أنهما قالا: لا يقدر الكثير بسنتين، وإذا عرفت المدة الكثيرة، فما دون ذلك يكون يسيرًا، والكثير يكون عيبًا دون اليسير[1]، فإن كان القاضي مجتهدًا، كان له أن يقضي بما أدى إليه اجتهاده من هذه الأقاويل، وإن لم يكن مجتهدًا، يأخذ بالمدة التي نص عليها أصحابنا رحمهم الله تعالى أنها كثيرة، وهي سنتان حتى لا يكون خروجًا عن أقاويلهم، وإن ادعى الانقطاع في مدة كثيرة، ينبغي أن يدعي الانقطاع بأحد السببين، إما بالداء، أو بالحبل حتى يسمع دعواه.

١٢٦٤٨ - والدليل عليه ما ذكر في «فتاوى الفضلي»: إذا اشترى جارية، وهي طاهرة، فامتد طهرها ولم تحض من غير ظهور الحبل بها، ليس له أن يردها على بائعها ما لم يدع ارتفاع الحيض بالحبل أو بالداء؛ لأن الامتداد بدون هذين السببين لا يعد عيبًا، والمرجع في الحبل إلى قول النساء، والمرجع في الداء إلى قول الأطباء.

وإذا أخبرت امرأة واحدة بالحبل، أو طبيب بالداء، فقسم المسألة على ما كتبنا قبل هذا.

وقال: يعتبر في ذلك أقصى ما ينتهي إليه ابتداء حيض النساء عادة، وذلك تسعة عشر سنة

عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: ذكر الصدر الشهيد في «الجامع الصغير»، وفي

(1) هكذا في «م»، وكان في النسخ الباقية [illegible] والكلام [illegible].

دعوى الحبل، فإن قالت امرأة واحدة: إن بالجارية حبلاً، وقالت امرأتان أو ثلاثة: ليس بها حبل، تتوجه الخصومة على[1] البائع بقول تلك المرأة، ولا يعارضها قول المرأتين والثلاث في أنه ليس بها حبل، فإن قال البائع للقاضي: المرأة التي تقول: إنها حامل جاهلة، لا يبحث، بل القاضي يختار لذلك امرأة عالمة.

بقي ههنا فصل آخر لا بد من معرفته أن الاستحاضة وانقطاع الدم والحبل هل يثبت بقول الجارية، وقد ذكر في كتاب الاستحسان[2] ما يدل على أنه لا يثبت، فقد ذكر ثمة: إذا اشترى أمة، وادعى أن بها حبلاً، أو استحاضة، فالقاضي لا يجعل بين البائع وبين المشتري خصومة حتى يشهد امرأة أو امرأتان أن بها حبلاً، أو استحاضة، وبهذا تبين أن ما ذكره الصدر الشهيد في الجامع الصغير أنه لا يحلف عليها غيرها غير مستقيم[3]، وأن الطريق إقرار البائع، أو شهادة المرأة في الاستحاضة والحبل، وفي الانقطاع إقرار البائع.

١٢٦٤٩ - وأما إذا كان العيب باطناً لا يعرف بآثار قائمة بالبدن، نحو الإباق، والجنون، والسرقة، والبول في الفراش، فإنه يحتاج إلى إثباته في الحال؛ لأنه لا يعرف عياناً، وطريق معرفة ثبوته على ما ذكره محمد في الجامع: [أن القاضي يسأل البائع][4] أن هذا العيب في الحال، قال: إنما يسأل البائع عن ذلك إذا صح دعوى المشتري، وإنما يصح دعوى المشتري إذا ادعى أن هذه العيوب كانت في يد البائع، وقد وجدت في يد المشتري، إلا أن في الجنون يصح دعوى المشتري إذا ادعى هذا القدر، وفي الإباق والسرقة والبول في الفراش لا بد لصحة الدعوى من زيادة شيء، وهو أن يقول المشتري: هذه العيوب كانت في يد البائع، وقد وجدت في يد المشتري، والحالة واحدة، ونعني باتحاد الحالة أن يكون وجودها في يد البائع وفي يد المشتري قبل البلوغ أو بعده، أما لو كانت في يد البائع قبل البلوغ، ووجدت في يد المشتري بعد البلوغ، فهذا لا يكفي لصحة الدعوى، ولسؤال البائع.

١٢٦٥٠ - وفي الجنون سواء كان الجنون في يد البائع والمشتري قبل البلوغ، أو كان في أيديهما بعد البلوغ، أو كان في يد البائع قبل البلوغ، وفي يد المشتري بعد البلوغ، فهذا يكفي

(١) في النسخة ظ: إلى.

(٢) هكذا في النسخ الخطية التي عندي، وكان في الأصل: الاستحاضة.

(٣) هكذا في النسخة ف، وكذا في ظ: لا يحلف عليها غير مستقيم.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وزدته من م، ف.

لصحة الدعوى ولتحليف البائع، وهذا لأن الجنون عيب واحد، لأن سببه واحد، وهو آفة تحل بالدماغ، ففي أي حالة وجد في يد المشتري، فهو عين ما كان في يد البائع.

١٢٦٥١ - أما في الإباق وأخواته يختلف العيب باختلاف الحالة لاختلاف السبب، فسبب الإباق والسرقة في حالة الصغر قلة العقل، وبعد البلوغ سببه قلة المبالاة، وسبب البول في الفراش قبل البلوغ ضعف المثانة، وبعد البلوغ داء في الباطن، وإذا اختلف سبب العيب باختلاف الحالة، يختلف العيب، واختلاف العيب يمنع الرد، ثم إذا صح دعوى المشتري، فالقاضي يسأل البائع إما هذا العيب للحال، فإذا أثبت العيب في حق توجه خصومته، فيسأل أكان هذا العيب بها عندك، فإن أنكر، يحلف على البتات، وإن أنكر البائع قيام هذا العيب للحال، فإن أقام المشتري بينة على ذلك، ثبت قيام العيب للحال، وتوجهت الخصومة على البائع في أن هذا العيب هل كان بها في يده، وإن لم يكن للمشتري بينة على ذلك، فحسب من القاضي أن يحلف البائع بالله ما يعلم قيام العيب به في الحال، فقد ذكر في «الجامع الكبير»: أنه يحلفه، ونسب الجواب إلى أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، فإنه قال: قال يعقوب ومحمد أنه يحلف، ولم يذكر قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه.

من مشايخنا من قال: ما ذكر في الجواب قول الكل، إلا أنه لم يذكر قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، لا لأن قوله يخالف قولهما، بل لأنه لم يحفظ قوله، وحكى الفقيه أبو الليث عن القضاة الثلاثة أن المسألة على الخلاف، على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: لا يحلف، وحكي عن الفقيه أبي إسحاق الحافظ رحمه الله تعالى أنه قال: وجدت في كتاب الاستحلاف لمحمد بن مسلمة أن المسألة على الخلاف، فوجه قولهما: إنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه، فعند الإنكار يستحلف، كما في سائر الدعاوى، ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن اليمين شرع لرفع الخصومة المتحققة لا لإنشائها، ومتى استحلف البائع هنا، لا ينقطع الخصومة بينهما، بل تتحقق بينهما خصومة أخرى][1]، فإنه لو نكل عن اليمين، يتحقق العيب للحال، ويستحلف البائع مرة أخرى، ولا كذلك سائر الدعاوى.

وفي «المبسوط»: في «أدب القاضي» للخصاف: جعل طريق معرفة ثبوت هذه العيوب للحال البينة، فقال: لا يثبت للمشتري حق الخصومة مع البائع ما لم تقم بينة على وجود هذه العيوب في يد نفسه، فإن لم يكن له بينة، وطلب يمين البائع، فهذا على الاختلاف الذي مر.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م و ب.

وإذا ثبت وجود هذه العيوب في يد المشتري، وأنكر البائع كونها عنده، ولم يكن للمشتري بينة، واحتيج إلى تحليف البائع كيف يحلف البائع؟ قيل: في رواية بشر بن الوليد يحلف بالله ما لهذا قبلك حق الرد بالعيب[١] الذي يدعيه.

وذكر في الأقضية: في الجنون يحلف بالله ما جن عندك قط، وفي الإباق والسرقة يحلف بالله ما سرق وما أبق، وما بال في الفراش عندك منذ بلغ مبلغ الرجال، وهذا بناء على ما قلنا أن الجنون لا يختلف باختلاف الحالة، وما عداه من السرقة والإباق والبول في الفراش يختلف باختلاف الحالة، واتحاد العيب شرط لثبوت حق الرد، ثم إذا حلف البائع، وإن حلف بريء عن دعوى المشتري، وإن نكل يرد عليه بنكوله، ولا يحلف المشتري على الرضا من غير دعوى البائع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وقد مر هذا.

ثم إذا ادعى البائع ذلك، كيف يحلف المشتري؟ أكثر القضاة على أنه يحلف بالله ما سقط حقك في الرد من الوجه الذي يدعيه البائع، لا صريحًا ولا دلالة، وقال أبو بكر الرازي: يحلف بالله ماله حق في ردها على البائع، فقيل له: إن الاستحلاف مشروع على النفي، وهذا استحلاف على الإثبات، فقال: الاستحلاف قد شرع على الإثبات أيضًا، فإن المودع إذا ادعى الرد، وهلاك الوديعة، فإنه يستحلف على الرد وعلى الهلاك، وهذا استحلاف على الإثبات.

١٢٦٥٢ - قال في كتاب الأقضية: إذا اشترى جارية، وطعن المشتري بشجة كانت بها عند البائع، وحلف القاضي البائع، فنكل، فردها المشتري عليه، فادعى البائع بعد ذلك أنها حبلت في يد المشتري، وهي حبلى في هذه الساعة، فالقاضي يسأل المشتري عن ذلك، فإن قال المشتري: ما لي بها علم، فالقاضي يريها النساء، فإن قلن: هي حبلى، لا يجب الرد بقولهن، ولكن تتوجه الخصومة على المشتري، فيحلف القاضي المشتري بالله ما حدث هذا الحبل عندك؟ فإن حلف فلا شيء عليه، والرد ماضي على حاله كما كان، وإن نكل ثبت ما دعاه البائع، فيردها على المشتري؛ لأن رد المشتري على البائع لم يصح، هذا لأنه ردها مع عيب زائد، وفيه ضرر على البائع، فكان للبائع أن يدفع ذلك الضرر عن نفسه، بأن يرد الجارية على المشتري، ولكن إنما يردها على المشتري مع نقصان عيب الشجة؛ لأنه تعذر الرد بعيب الشجة، فيلزم البائع نقصان عيب الشجة، فإذا قال البائع للقاضي: أنا أمسك الجارية مع الحبل، ولا أضمن نقصان عيب الشجة، كان له ذلك؛ لأن حق الرد إنما يثبت للبائع ههنا دفعًا

(١) وفي نسخة م: بالسبب لا من العيب.

لقصور عنه بالرد عليه بعيب زنا، فإذا اختار إمساك الجارية، فقد أسقط حق نفسه، ورضي بذلك الضرر، فكان له ذلك، ولا يلزمه نقصان الشجة هنا، وإنه ظاهر، ولو أن القاضي حين سأل المشتري عن الحبل، قال المشتري: إن هذا الحبل كان عند البائع، ولم أعلم به، سمع دعواه؛ لأن الحبل عيب لا يظهر إلا بعد مدة، فيحتمل وجوده عند البائع، وإن لم يظهر إلا في هذا الوقت، فصار المشتري مدعيًا وجود هذا الحبل عند البائع مقرًا بوجوده عنده، لكن لم يثبت وجوده عند البائع؛ لأن قول المشتري ليس بحجة على البائع إن كان حجة على نفسه، فيحلف البائع، فإن حلف لم يثبت وجوده عند البائع، وقد أقر المشتري بوجوده عنده، فكان للبائع أن يرد الجارية عليه، ويرد معها نقصان عيب الشجة، وإن نكل عن اليمين، ظهر أن هذا العيب كان عند البائع، وظهر أن هذا الرد كان صحيحًا.

قال: ولو كان القاضي حين قضى برد الجارية على البائع بعيب الشجة، فقبل أن يرد المشتري الجارية على البائع قال البائع: إنها حبلى، وهذا حبل حدث عند المشتري، وقال المشتري: لا، بل كان عند البائع، فالقاضي لا يمضي في الرد، ويحلف البائع على ما ادعى المشتري عليه أنه حدث عنده، ولا يمين على المشتري هنا، بخلاف الفصل الأول، فإن هناك يحلف المشتري، والفرق من وجهين: أحدهما[1]: أن في تلك المسألة الرد قد تم، والبائع يريد نقض ذلك الرد، وردها على المشتري ثانيًا، والمشتري ينكر، فلا يمكن البائع ذلك بيمين نفسه، فيكون اليمين على المشتري، وهنا الرد لم يتم بعد ذلك، فيجعل في الحكم كأن القاضي لم يقض بالرد، فكان المشتري مدعيًا الرد على البائع، والبائع ينكر، فكان القول قول البائع مع يمينه، لكن هذا الفرق يشكل بالوجه الثاني، فإن في الوجه الثاني الرد قد تم، والبائع يريد نقض ذلك الرد، ومع هذا يحلف البائع. وإنما الفرق الصحيح[2] أن يقال: بأن في الفصل الأول المشتري منكر وجود الحبل عنده، فيحلف على ذلك، وههنا مقر بوجود الحبل عنده، حيث أقر بوجوده عند البائع، فلا يحلف المشتري على وجود الحبل عنده، وهو مقر بذلك، ولكن المشتري ادعى أن هذا الحبل الموجود في هذه كان عند البائع، والبائع ينكر، فيحلف البائع كما في الوجه الثاني.

٦٢٦٥٤ - قال محمد رحمه الله تعالى: رجل باع نصف عبد له من رجل بخمسين

(١) هكذا في م.

(٢) في م: الفرق الثاني.

دينارًا، وباعه النصف الآخر بخمسة دينار، ثم إن المشتري وجد العبد أعور، فقال البائع: حدث عندك أيها المشتري، وقال المشتري للبائع: كان عندك، فالقول قول البائع، وعلى المشتري البينة، وإن لم يكن للمشتري بينة، يحلف البائع، ويقال للمشتري: إن يخاصم البائع في النصف الأول، أو في النصف الثاني، أو فيهما؛ لأن كل واحد من النصفين معقود عليه بإيراد العقد عليه على حدة، واختلاف الأسباب بمنزلة[1] اختلاف الأعيان، ولو كانا عينين، كان له أن يخاصم في أيهما شاء، وإن شاء خاصم فيهما، كذا هٰهنا، فإن قال: أنا أخاصم في النصف الآخر، وأقف في النصف الأول لأتأمل: أكان العيب عنده أم لا، كان له ذلك، ويستحلف البائع على النصف الآخر، فإن نكل، رد ذلك على البائع، وإن حلف لزم المشتري.

١٢٦٥٤ - وإذا حلف البائع، ثم إن المشتري خاصم من بعد في النصف الأول، فأراد أن يستحلفه، فقال البائع: قد حلفت أنه لا عور به عند البيع الثاني، كان ذلك مني حلفًا أنه لا عور به عند البيع الأول بطريق الضرورة، فلا أحلف مرة أخرى، لا يلتفت إلى ذلك؛ لأن هذه اليمين في النصف سبقت الخصومة، فلا يعتبر، ألا ترى بأنه لو حلف المدعى عليه بعد الخصومة قبل المدعي، لا يعتبر يمينه، فهذا أولى، وكان الفقه في ذلك: أن اليمين أحد نوعي الحجة للمدعي كالبينة[2]، ثم إن البينة لا تعتبر قبل وجود الدعوى، فكذا اليمين، ثم إذا حلف في النصف الأول، فإن حلف، لم يرد عليه بشيء، وإن نكل عن هذه اليمين، لزمه النصف الأول، فإن قال المشتري: إن العيب واحد، وقد ثبت بنكوله، فأرد عليه النصف الآخر، لا يلتفت إلى ذلك، وهذا لا يشكل على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه؛ لأن عنده النكول بذل، وبذل الفسخ في أحد النصفين لا يكون بذلًا للفسخ في النصف الآخر، وإنما يشكل عندهما؛ لأن عندهما النكول إقرار.

١٢٦٥٥ - ولو أقر البائع بالعيب يوم باع النصف الأول، كان للمشتري أن يرد عليه النصفان، ولكن الوجه في هذا أن يقال: بأن الإقرار حجة مطلقة في حق المقر، فإذا ثبت العيب بإقراره في النصف الأول، ثبت في النصف الثاني، إذ يستحيل أن يكون العيب قائمًا بأحد النصفين شائعًا، ولا يكون قائمًا في النصف الآخر، فأما النكول ليس بإقرار حقيقة.

---

(١) هكذا في ف، ر، م، وكان في الأصل و ظ: منزلة.

(٢) وفي م: [illegible] عن البينة [illegible] كالبينة.

ولكن جعل إقراراً ضرورة قطع الخصومة، فيعتبر إقراراً في محل الخصومة، ومحل الخصومة ههنا النصف الأول، دون الثاني، وكذلك لو خاصم المشتري في النصف الأول قبل أن يخاصمه في النصف الثاني، فنكل البائع عن اليمين، فرد عليه النصف الأول، ثم أراد رد النصف الثاني بذلك النكول، لم يكن له ذلك حتى يخاصمه فيه خصومة مستقبلة لما قلنا، فلا نعيد، وإن أراد المشتري أن يخاصم في النصفين جميعاً، يحلف البائع فيهما يميناً واحداً؛ لأن الدعوى إذا اجتمعت بوجهين واحد على واحد، والجنس متحد يكتفى بيمين واحدة، أصله حديث القسامة، ألا ترى أن من ادعى أموالاً مختلفة على رجل، فطلب يمينه في الكل، يحلف يميناً واحداً، فكذا ههنا يميناً واحداً بالله لقد باعه النصف الأول، وسلمه إليه وما به هذا العيب، وباعه النصف الثاني، وسلمه إليه وما به هذا العيب، فإن حلف فيهما، برئ عنهما، وإن نكل فيهما، لزماه، وإن حلف في أحدهما، ونكل في الآخر، لزمه ما نكل فيه، وبرئ عما حلف فيه.

١١٦٥٦- قال محمد رحمه الله تعالى في «الجامع» أيضاً: رجلان باعا من رجل عبداً صفقة واحدة، أو صفقتين، فمات أحد البائعين وورثه البائع الآخر، ثم طعن في الشراء بعيب في العبد، فإن شاء خاصمه في أحد النصفين، وإن شاء خاصمه في النصف الآخر، وقيام الخلف كقيام الأصل، فإن خاصم المشتري فيما باعه بنفسه، حلفه على البتات بالله لقد بعته وسلمته، وما به هذا العيب؛ لأن هذا تحليف على فعل نفسه، فيكون على البتات، وإن خاصم في الذي باشر البيع مورثه، حلفه بالله لقد باعه وسلمه إليه، ولم يعلم به هذا العيب؛ لأن هذا تحليف على فعل الغير، فيكون على العلم، فإن حلف في أحدهما لم يقع الاستغناء عن اليمين في النصف الآخر، وإن نكل في أحدهما لم يكن ذلك لازماً في النصف الآخر لما قلنا، وإن جمع بين النصفين في الخصومة، فلا يخلو إما أن يكون البيع صفقة، أو صفقتين، فإن كان صفقتين حلفه على النصفين، ويجمع بين اليمين بالله لقد بعته النصف، وسلمته وما به هذا العيب، ولقد باعه صاحبك نصفه، وسلمه، وما يعلم به هذا العيب، وهذا بالاتفاق.

وأما إذا كانت الصفقة واحدة، فكذلك الجواب عند محمد وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يكتفى باليمين على نصيبه خاصة على البتات، وينوب ذلك عن يمينه في النصف الذي باعه مورثه، فمحمد رحمه الله تعالى سوى بين الصفقة والصفقتين، وقال: بأن الصفقة ههنا وإن كانت متحدة صورة، فهي متعددة حكماً، ولهذا كان للمشتري أن يخاصم في أي نصف شاء، وفي الصفقة الواحدة ليس للمشتري أن يخاصم البائع في أي نصف شاء، ولو كانت

الصفقة متعددة صورة ومعنى، بخلاف ما قبل القسمة، فكذلك إذا كانت متعددة صورة.

توضيحه: أن الوارث في نصيب المورث قائم مقام المورث، ولو كان المورث حيًّا، فاليمين في نصيب أحدهما لا ينوب عن اليمين في نصيب صاحبه، فههنا كذلك، وأبو يوسف رحمه الله تعالى يفرق بين الصفقة والصفقتين، ويقول: بأن الصفقة إذا كانت واحدة، وحلف على أحد النصفين، لا يكون في التحليف على النصف الآخر فائدة، إذ لا يتصور أن يكون العيب عند بيع أحد النصفين دون الآخر، إذ وقت بيع النصفين واحد، فإذا استحلف على النصف الذي باعه على البتات، لا يمكنه الحلف، لو كان به العيب، فيحصل ما هو المقصود من الاستحلاف، وهو النكول، فاكتفى باليمين على البتات في النصف الذي [هو باع بنفسه لهذا، وناب اليمين على البتات في هذا النصف مناب اليمين على العلم في النصف الذي](1) باعه مورثه، ولم يجعل على القلب باعتبار أن اليمين على البتات أقوى من اليمين على العلم، فإن في اليمين على البتات، يحنث علم بالعيب، أو لم يعلم، وفي اليمين على العلم لا يحنث ما لم يعلم بالعيب، والأقوى ينوب عن الأضعف، أما الأضعف لا ينوب عن الأقوى، بخلاف ما لو كان البيع بصفقتين متفرقتين، فقد تصور أن يكون العيب عند بيع أحد النصفين دون الآخر؛ لأن وقت بيع أحد النصفين غير وقت بيع النصف الآخر، ولو اكتفى بالاستحلاف على النصف الذي باعه يمكنه الحلف، إذا لم يكن العيب قائمًا وقت بيعه، وبخلاف ما إذا كان مورثه حيًّا؛ لأن هناك ربما يكون أحدهما أورع من صاحبه، فينكل بنوع الشبهة، لا ينكل به الآخر، فكان في استحلاف كل واحد منهما زيادة فائدة، أما ههنا فبخلافه، وبخلاف ما إذا خاصمه في أحد النصفين، فحلف البائع، ثم خاصمه في النصف الآخر، حيث لا يكتفى باليمين الأولى، ولا تنوب الأولى عن الثانية؛ لأن اليمين في النصف الأول سبق الدعوى في النصف الآخر، ولا تعتبر اليمين قبل الدعوى، أما ههنا وجدت الدعوى في النصفين، فجاز أن ينوب اليمين في النصف الذي باعه عن اليمين في النصف الذي باع مورثه.

١١٦٥٧ - قال في «الجامع الصغير» أيضًا: متفاوضان باعا عبدًا، ثم غاب أحدهما، وطعن المشتري في العبد بعيب، فله أن يخاصم هذا الحاضر، ويحلفه؛ لأن كل واحد منهما أصيل فيما باع وكيل عن صاحبه في الخصومة، وكفيل عنه فيما التزم؛ وصاحبه التزم تسليم

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

العبد منيبا[1] ، فيكون كفيلا عنه في ذلك ، فلهذا يحلف ، فإن نكل لزمه ، وإن حلف لم يلزمه ، وإن حلف البائع الحاضر ، ثم حضر الغائب ، فأراد المشتري استحلافه ، كان له ذلك ؛ لأن صاحبه فيما باشر ، استحلف لكونه أصيلا ، فيحلف الآخر لكونه كفيلا ؛ لأن حلف الأصيل لا يسقط حلف عن الكفيل ، وفيما باشر هذا الذي حضر آخر ، استحلف الأول يكون كفيلا ، فيحلف الذي حضر لكونه أصيلا ؛ لأن حلف الكفيل لا يسقط حلف الأصيل.

١٢٦٥٨ - فرق بين هذا وبين ما إذا وجب لهما حق على رجل ، فاستحلف أحدهما الخصم ، ثم حضر الآخر ، ليس له أن يستحلفه ؛ لأن الاستحلاف يحتمل النيابة من جانب الطالب ، فصار استحلاف أحدهما لكونه وكيلا عن الآخر ، كاستحلافهما . فأما في مسألتنا الكلام في الحلف ، والحلف لا يحتمل النيابة ، وإنما يحلف كل واحد منهما فيما باع صاحبه بحكم الكفالة ، لا بحكم النيابة [وحلف الكفيل لا يسقط حلف الأصيل ، ثم فرق بين الاستحلاف والحلف في جريان النيابة][2] ، وعدم جريانه ، والفرق أن ما هو المقصود من اليمين للمدعي لا يفوت بالنيابة في الاستحلاف ؛ لأن المقصود نكول المدعى عليه ، وفي هذا استحلافه ، واستحلاف نائبه سواء ، أما هذا المقصود فيفوت بالنيابة في الحلف ؛ لأن كل من وجب عليه اليمين يثبت فاسقا لا يتورع عن اليمين الكاذبة ، فلهذا افترقا ، ثم كيفية التحليف أنه يحلف الحاضر منهما بالله لقد باعه النصف ، وسلمه وما يعلم أن هذا العيب فيه ، فإذا حضر الآخر ، حلف على هذا الوجه أيضا إن كانت الصفقة متفرقة في الاتفاق ، وإن كان العقد صفقة واحدة ، فكذلك عند محمد ، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى : يستحلف يمينا واحدة على البتات في النصف الذي باع ، وقد مر هذا فيما تقدم.

نوع آخر في الاختلاف الواقع فيه:

١٢٦٥٩ - وعن محمد رحمه الله تعالى في « الإملاء » : إذا اشترى الرجل من آخر عبدين بألف درهم صفقة واحدة ، ووجد عيبا بأحدهما بعد ما قبضهما ، ثم اختلفا في قيمتهما يوم وقع البيع ، فقال المشتري كان قيمة المعيب[3] ألفي درهم ، وقيمة الآخر ألف درهم ، وقال البائع

---

(١) وفي « م » : عطلهما مكان منيبا.

(٢) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ و ب وف.

(٣) وفي « ظ » : البيع مكان المعيب.

على عكس هذا لم يلتفت إلى واحد منهما، وينظر إلى قيمة العبدين يوم يختصمان فيه، فإن كانت قيمة كل واحد منهما يوم الخصومة ألف درهم، رد المعيب خاصة بحصته من الثمن، وبعدما حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، وإن أقاما جميعاً البينة على ما ادعيا، أخذ ببينتهما جميعاً فيما ادعيا من الفضل، فيجعل قيمة المردود ألفي درهم على ما شهد به شهود المشتري، ويجعل قيمة الآخر ألفي درهم على ما شهد به شهود البائع، فيرد المشتري المعيب بنصف الثمن.

ولو مات أحدهما، والآخر قائم، ووجد بالقائم عيباً، واختلفا في قيمة القائم وفي قيمة الميت، ولا بينة لهما، فالقول قول البائع في قيمة الهالك، ويقوم الباقي على قيمته يوم اختصما، ولو أقاما البينة على قيمة الهالك، فالبينة بينة البائع أيضاً، ولو لم يقيما بينة على قيمة الهالك، وأقاما البينة على قيمة الحي، فالبينة بينة المشتري.

١٢٦٦٠- وفي النوازل: اشترى خلاً في خابية، وحمله في جرة له، فوجد فيها فأرة ميتة، فقال البائع: هذه الفأرة كانت في جرتك، وقال المشتري: لا، بل كانت في خابيتك، فالقول قول البائع؛ لأنه ينكر العيب.

وفي فتاوى أهل سمرقند: اشترى دهناً بعينه في آنية بعينها، وأتى على ذلك زمان، ثم فتح رأس الآنية، وكان رأسها مشدوداً منذ قبض، وجد فيها فأرة ميتة، وأنكر البائع أن تكون في يده، فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأنه ينكر العيب، وتأويل المسألة إذا كان رأسها مشدوداً وقت القبض، ولم يعلم استمرار الشد أو لا انفتاحها بعد ذلك إلى أن وجد فيه الفأرة، ولا عدمه، أما لو عرف استمرار الشد [١] وعدم انفتاح رأس الآنية إلى أن وجد فيها الفأرة، فالقول للمشتري، وله الرد.

١٢٦٦١- وإذا اشترى عبداً، وقبضه، ثم جاء به وقال: وجدته محلوق اللحية، وأنكر البائع، فالقول قول البائع، فإن أثبت المشتري أنه محلوق اللحية اليوم، فإن لم يكن أتى على البيع وقت يتوهم فيه خروج اللحية عند المشتري، فله أن يرده؛ لأنه يثبت العيب عند البائع، وإن كان أتى على البيع مثل ذلك، لم يرده ما لم يقم البينة أنه كان محلوق اللحية عند البائع، أو يستحلفه فينكل، وإذا ادعى المشتري عيباً بالمبيع، والبائع يعلم أن هذا العيب كان به وقت البيع، وسعه أن لا يأخذها حتى يقضي القاضي عليه بردها؛ لأنه لو أخذها بغير قضاء، لم يكن له أن يردها على بائعه.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

١٢٦٦٢ - وفي المنتقى : رجل باع من رجل عبداً ، وقبضه المشتري ، وخاصمه بعيب ، وقال : اشتريته اليوم ومثله لا يحدث في اليوم ، وقال البائع : بعته منذ شهر ، ومثله يحدث في الشهر ، فالقول قول البائع .

١٢٦٦٣ - وفيه أيضاً : اشترى من آخر جارية ، ووجد بها عيباً ، فخاصم البائع إلى صاحب الشرط والسلطان ، لم يكن له الحكم ، فقضى على البائع ، ودفعه إليه ، وقضى للمشتري بالثمن كله ، وسع للمشتري أن يأخذ منه الثمن كله ، لأنه يعلم أن البائع قد دلس العيب .

١٢٦٦٤ - وفيه أيضاً : إذا اشترى دابة ، وأراد أن يردها بعيب ، فقال البائع : قد ركبتها في حوائجك بعدما علمت بالعيب ، وقال المشتري : لا ، بل ركبتها لأردها عليك . فالقول قول المشتري ، وتأويل المسألة على قول بعض المشايخ رحمهم الله تعالى إذا كان لا يمكنه الرد إلا بالركوب .

١٢٦٦٥ - وفيه أيضاً : رجل اشترى من رجل غلاماً بجارية ، ووجد مشتري الجارية بالجارية عيباً وردها ، واختلفا في الغلام ، فالقول قول الذي في يده الغلام .

١٢٦٦٦ - وفيه أيضاً : رجل باع من آخر جارية ، وقال : بعتها وبها قرحة في موضع كذا ، وجاء المشتري بالجارية وبها قرحة في ذلك الموضع ، وأراد ردها ، فقال البائع : ليست هذه القرحة تلك القرحة ، والقرحة التي أقررت بها قد برئت ، وهذه قرحة حادثة عندك ، فالقول قول المشتري ، وكذلك لو قال البائع : بعتها وفي إحدى عينيها بياض ، وجاء المشتري بالجارية ، وعينها اليسرى بيضاء ، وأراد أن يردها ، فقال البائع : كان البياض بعينها اليمنى ، وقد ذهب ، وهذا بياض حادث بعينها اليسرى ، فالقول قول المشتري ، وكذلك إذا قال البائع : بعتها وبرأسها شجة إلى آخر المسألة ، فإن قال البائع : في فصل الشجة كانت شجة موضحة ، فصارت منقلة عندك ، فالقول قول البائع في هذا ، وكذلك في فصل بياض العين .

ولو قال البائع : كانت نكتة بياض ، وقد ازداد عندك ، والعين مبيضة كلها ، أو عامتها ، فالقول قول البائع ، وإن كانت بعينها نكتة بياض ، فقال البائع : كان البياض مثل الخردل أقل من هذا ، قال : إذا جاء من هذا أمر متقارب ، جعلت القول قول المشتري ، وإن تفاوت ، فالقول قول البائع .

ولو قال : بعتها وبها حمى ، فجاء المشتري بها محمومة ، يريد ردها ، فقال البائع : زادت الحمى ، لا يصدق البائع ، وكان للمشتري أن يردها ، ولو قال البائع : بعتها وبها عيب ، وجاء

المشتري وبها عيب، وأراد ردها، فقال البائع: لم يكن بها هذا العيب، وإنما كان كذا وكذا، فالقول قوله؛ لأن العيوب مختلفة، ولو قال: بعته وبه عيب في رأسه، فجاء به المشتري، وأراد أن يرده بعيب برأسه، فالقول قول المشتري أنه هذا العيب، وإن كذبه البائع، والحاصل أن البائع إذا نسب العيب إلى موضع وسماه، فالقول قول المشتري، وإذا لم ينسبه إلى موضع، بل ذكره مطلقًا، فالقول قول البائع.

١٢٦٦٧- قال محمد رحمه الله تعالى في «الجامع»: إذا اشترى جارية وقبضها، ثم ادعى أن لها زوجًا، وأراد ردها، فقال البائع: كان لها زوج عندي، ولكن مات عنها، أو طلقها، وانقضت عدتها، ثم بعتها، فالقول قول البائع؛ لأنه ينكر ثبوت حق الرد؛ لأن النكاح إنما يثبت حق الرد على تقدير البقاء، فإذا أنكر البقاء إلى وقت البيع، فقد أنكر ثبوت حق الرد، وإن قال البائع كان لها زوج فلان من الزوج، إلا أنه طلقها قبل البيع، فكذلك الجواب القول قول البائع ما دام الزوج غائبًا، فإذا حضر الزوج، فإن صدق البائع في الطلاق، لا يثبت للمشتري حق الرد؛ لأنه لم يثبت العيب، وإن كذبه، وقال ما طلقها، فالقول قول الزوج؛ لأنهم اتفقوا على وجود النكاح، ولم يثبت الطلاق بمجرد قول البائع، فكان للمشتري حق الرد بعيب النكاح، وهذا الفصل مشكل؛ لأن ثبوت النكاح ههنا مضاف إلى تصديق المشتري؛ فإنه لولا تصديق المشتري ما ثبت النكاح بإقرار البائع لحصول الإقرار بعد زوال ملكه، وحصول العيب مضاف إلى المشتري، لا يثبت له حق الرد، وإن قال البائع: كان لها زوج بعد البيع، إلا أنه طلقها قبل التسليم، أو قال بعد التسليم، لم يقبل قوله؛ لأن البائع أقر بقيام العيب وقت البيع، ثم ادعى زواله، والمشتري ينكر.

ولو كان لها زوج عند المشتري، فقال المشتري للبائع: قد كان لها الزوج عندك وقال البائع: كان زوجها عندي غير هذا، وطلقها ذلك الزوج، أو مات عنها، وقال المشتري: بل هو هذا، فالقول قول البائع، ولا يكون للمشتري حق الرد؛ لأن ما أقر به البائع بطل بتكذيب المشتري، وما ادعاه المشتري، لم يثبت لعدم تصديق البائع، بخلاف ما تقدم؛ لأن هناك اتفقا على على عيب واحد متصل بالعقد، فكان القول قول من ينكر زواله [و]استشهد محمد في الكتاب، فقال: ألا ترى أن رجلًا لو اشترى عبدًا، وقبضه، فمات عند المشتري، فادعى المشتري أن البائع باعه، وبإحدى عينيه بياض، ومات هو كذلك، وقال البائع: كان ذلك، لكنه زال قبل البيع، فالقول قول البائع، ولو قال: زال عنه بعد البيع، فالقول قول المشتري، ولو قال البائع: كان البياض بعينه اليمنى، فزال عندك، وقد حدث البياض عندك باليسرى،

وقال المشتري: بل البيع عندك كان بالمشتري، كان القول قول البائع؛ لأن ما أقر به البائع بطل بتكذيب المشتري، وما ادعاه المشتري لم يثبت لعدم تصديق البائع، بخلاف ما تقدم؛ لأن هناك اتفقا على عيب واحد متصل بالعقد، فكان القول قول من ينكر [والله أعلم][1].

١٢٦٦٨ - قال في الجامع أيضاً: رجل اشترى من آخر جارية، ثم أقام بينة أن لها زوجاً معروفاً غائباً، لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن هذه بينة قامت للغائب، أو على غائب، وليس عنه خصم حاضر، وطعن أبو حازم القاضي رحمه الله تعالى في جواب هذه المسألة، فقال: ينبغي أن تقبل هذه البينة[2]؛ لأن الحاضر يدعي لنفسه حق الرد، ولا يتوصل إلى إثباته إلا بعد إثبات حق الغائب، وهو النكاح، ومتى كانت الصورة هذه ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب في إثبات حقه إذا كان للحاضر حق فيما هو حق للغائب، أو يكون ما هو حق الغائب سبب حق الحاضر، أما إذا لم يكن فلا، ألا ترى أن من تزوج امرأة، فادعت أنه كان تزوج أختها قبلها، وأقامت على ذلك بينة، والأخت غائبة، لا تقبل بينتها، وإن كان لو ظهر نكاح أختها حصل لها الخلاص عن حبالة هذا الزوج، ولكن قيل: لما لم يكن لها حق في نفس النكاح، ولم يكن النكاح سبب حقها، لم تنتصب هي خصماً عن أختها.

١٢٦٦٩ - إذا ثبت هذا، فنقول: حق الغائب النكاح، والنكاح ليس حق الحاضر، ولا سبب حقه؛ لأن حقه في الرد بالعيب، والنكاح ليس بسبب للرد، بل الموجب للرد التزام البائع تسليم المعقود عليه سليماً، ولكن عند ظهور العيب، كما أن عند ظهور الإحصان يجب الرجم بزنا محصن، لا بنفس الإحصان، وكما أن عند يسار الحالف تجب الكفارة بالعتق باليمين، لا بنفس اليسار، فكذا هنا، وإذا لم يكن للحاضر حق في النكاح، ولم يكن النكاح سبب حق الحاضر، لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب، وكذلك لو شهد الشهود أن لها زوجاً، ولم يعرفوه، فشهادتهم باطلة؛ لأنهم شهدوا بالنكاح لمجهول، ولو شهدوا بالنكاح لغائب معروف؛ لا تقبل شهادتهم، فإذا شهدوا لغائب مجهول أولى.

١٢٦٧٠ - ولو شهدوا على إقرار البائع أن لها زوجاً معروفاً غائباً، أو على إقراره بأن لها زوجاً مجهولاً، يصح؛ لأن هذه شهادة على إقرار البائع، وهو معلوم حاضر بخلاف الوجه الأول على ما مر، قال في الكتاب: ألا ترى أنه لو شهد الشهود أن لفلان على فلان شيئاً،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

(٢) وفي ظ و م: الشهادة بدلاً من البينة.

أو غصب منه شيئاً، كان باطلاً.

١٢٦٧١ - ولو شهدوا على إقراره أنه غصب من فلان شيئاً، كان ذلك جائزاً، فهنا كذلك. وإذا قبلت الشهادة ظهر النكاح، ولكن للمشتري أن يرده مع يمينه بالله ما يعلم أن الزوج مات عنها، أو طلقها طلاقاً بائناً. هكذا ذكر في «الجامع» من مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: هذا إذا ادعاه البائع، فأما بدون الدعوى، فالقاضي لا يحلف المشتري؛ لأنه نصب لفصل الخصومات، وذلك إنما يكون عند الدعوى، والأصح أن القاضي يحلف المشتري على هذا في الحالين صيانة لقضائه.

١٢٦٧٢ - وإذا اشترى خادماً، وقبضه، وطعن بعيب به، فجاء بخادم ليرده، فقال البائع: ليس هذا بخادمي، وقال المشتري: هذا خادمك الذي اشتريته، فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأن المشتري لا يملك الفسخ بخيار العيب إلا بقضاء، أو برضاه، ولم يوجد قضاء ولا رضاه، فلم ينفسخ البيع بفسخه، بقي المشتري بما يدعي في هذا العين العيب مدعياً حق الفسخ لنفسه، والبائع منكر، فيكون القول قول البائع، كما لو تصادقا أن المبيع هذا إلا أن المشتري ادعى عيباً فيه، والبائع ينكر، وهناك القول قول البائع، كذا ههنا.

نوع آخر منه:

١٢٦٧٣ - رجل قال لآخر: إن عبدي هذا آبق، فاشتره مني، فقال له الآخر: بكم تبيعه؟ فقال: بكذا، فاشتراه منه، ثم وجده المشتري آبقاً، فليس له أن يرده، فإن باعه المشتري من آخر، فوجده المشتري الثاني آبقاً، فأراد أن يرده، وأنكر المشتري الأول أن يكون آبقاً، فأقام المشتري الثاني بينة على مقالة البائع الأول، لم يستحق به شيئاً؛ لأن البائع الأول أخبر أن عبده آبق، لكن لم يجعل ذلك وصفاً للإيجاب، فلم يصر إيجاب المشتري متعلقاً لذلك، فلم يصر المشتري مقراً بذلك العيب، وصار البائع الأول معترفاً بإباقه، واعترافه حجة عليه، وليس بحجة على المشتري الأول.

ولو قال البائع الأول للمشتري الأول: بعتك هذا العبد على أنه آبق، أو على أنه بريء من إباقه، والمسألة بحالها، كان للمشتري الآخر أن يرده على المشتري الأول؛ لأن البائع الأول جعل الإباق وصفاً لإيجابه، فصار جواب المشتري إقبولاً لذلك الوصف، كأنه قال: اشتريته على أنه آبق، ولو قال هكذا، كان مقراً بإباق العبد، كذا هنا، ولو قال البائع الأول:

(١) وفي ب: العين، مكان العبد.

بعت على أني بريء من الإباق، لم يقل: من إباقه، لم يرده المشتري][1] الآخر على المشتري الأول ما لم تقم البينة على أنه باعه، وهو آبق؛ لأن البائع وإن جعل الإباق صفة لإيجابه، إلا أن ذكر الإباق مطلق غير مضاف إلى العبد، فصار إيجاب المشتري منتظمًا لذلك على سبيل الإطلاق، ولهذا لا يصير مقرًا لوجود العيب فيه، ألا يرى أن البيع قد يكون بشرط البراءة من كل عيب، وذلك لا يكون إقرارًا بوجود كل عيب فيه، بخلاف قوله على أني بريء عن إباقه؛ لأنه أضاف الإباق إلى العبد بالهاء، الذي هو كناية عنه، فصار جواب المشتري قبولاً بذلك الوصف، فصار مقرًا بذلك، أما ههنا فبخلافه.

١٢٦٧٤ - وفي «المنتقى»: رجل أقر على عبده بدين، ثم باعه من آخر، ولم يذكر الدين، ثم باعه المشتري من آخر، ولم يذكر الدين، فإن للمشتري الآخر أن يرده على بائعه بذلك الإقرار الذي كان من البائع الأول؛ لأن الدين لازم به، وللغريم أن يرد البيع فيه، وليس هذا كإقرار الإباق قبل البيع، ويعد في حق فسخ البيع الآخر بين المشتري الآخر وبين بائعه الذي لم يقر بالإباق، والإقرار بالزوج كالإقرار بالدين في أن المشتري الآخر يرده على بائعه بالإقرار الذي كان من البائع الأول.

١٢٦٧٥ - وفيه أيضًا: رجل أقر أن أمته أبقت منه، ثم وكل وكيلاً أن يبيعها، ولم يبين أنها آبقة، فباعها مأموره، وكتم ذلك الإقرار، وتقابضا، ثم علم المشتري بذلك الإقرار، وأراد ردها به على بائعه، وكذبه بائعه، وقال: لم تأبق، أو كان الإقرار من المولى بعد ما باع الوكيل، وتقابضا، فليس للمشتري أن يردها على الوكيل، ألا يرى أن المضارب أو شريك العنان لو باع أمة، وتقابضا، ثم أقر به رب المال، أو الشريك بعيب فيها ليس بظاهر، لم يكن للمشتري أن يردها على البائع بذلك الإقرار.

ولو أن الموكل قال لوكيله: إن عبدي آبق، فبعه، وابرأ من إباقه، فباعه الوكيل، ولم يبرأ من الإباق، ثم علم المشتري بمقالة الموكل قبل القبض، فله أن يرده بذلك، وليس هذا كالمسألة الأولى التي لم يبين رب العبد فيها الإباق للوكيل، فإن هناك لا يجوز إقراره على نقض بيع الوكيل.

قال: ولو كان هذا في رب المال والمضارب، لم يكن للمشتري أن يرد بإقرار رب المال على المضارب، علل فقال: لأن رب المال لو نهى المضارب عن البيع، كان له أن يبيعه.

١٢٦٧٦ - وفيه أيضًا: لو وكل رجلاً ببيع عبد له، فأقر الوكيل أنه آبق، ولا يعلم أنه أقر

---

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

به قبل الوكالة، أو بعد الوكالة، ثم باع العبد من رجل، وتقابضا، ثم اطلع على مقالة الوكيل، فله أن يرده على الوكيل، وليس للوكيل أن يرده على الموكل، ولو كان المشتري سمع إقرار الوكيل بذلك قبل البيع، ثم اشتراه منه، لم يكن له أن يرده على الوكيل.

وفيه أيضاً: إذا باع رجل من رجل عبداً، وأقر البائع والمشتري بإباقه، وكان ذلك منهما في عقدة البيع، ثم باعه المشتري من آخر، وكتم إباقه، ثم باعه المشتري الثاني من آخر على أنه مأمون، وليس بآبق، ثم علم المشتري الآخر بالإباق، وبما جرى بين البائع الأول، والمشتري الأول من إقرارهما بالإباق وقت جريان البيع، لم يكن له أن يرده. ولا يكون إقرار المشتري الأول بإباقه نافذاً على من لم يشتر منه من الباعة.

ولو أن المشتري الأول اشتراها من غير إقرار منه، ومن البائع الأول بإباقه، ثم أقام المشتري الأول بينة على إباقه، ورد القاضي على البائع الأول، ثم إن البائع الأول باعه من ذلك المشتري، أو من رجل آخر، وباعه المشتري من رجل، وباعه المشتري الثاني من رجل آخر، ثم علم المشتري الآخر بالإباق، وبما جرى بين المشتري الأول وبائعه من رد القاضي العبد عليه بالإباق ببينة قامت له، فله أن يرد على بائعه؛ لأن البينة حجة في حق الناس كافة.

وفيه أيضاً: إذا اشترى من آخر جارية، ثم ادعى أنها آبقة، وأقام البينة على إباقها، وردها القاضي بذلك، ثم أقام رجل بينة على أنها أمته، ولدت في ملكه، وقضى القاضي له بالجارية، ثم باعها مأمورة، فخاصمه المشتري في إباقها، واحتج عليه بحكم الحاكم بالإباق، فله أن يردها.

رجل اشترى عبداً، فساومه رجل فيه، فقال له المشتري: اشتره مني، فإنه ليس به عيب، فلم يتفق بينهما بيع، ثم إن المشتري وجد بالعبد عيباً يحدث مثله، فخاصمه فيه البائع، وأقاما البينة أنه كان عند البائع، وأقام البائع بينة على أنه قال عند المساومة: اشتره مني، فإنه لا عيب له، لا يلتفت إلى هذه البينة، ويقضي بالرد على بائعه؛ لأن ما قاله المشتري كذب بيقين؛ لأن هذا نفي لكل العيوب، والإنسان لا يخلو عن قليل العيب عادة، ومن العيوب بالآدمي ما لا يقف عليه غيره غالباً، فيسقط اعتبار حقيقة هذا اللفظ، وحمل على المجاز، وهو ترويج السلعة.

ولو قال للذي ساومه: اشتره مني، فإنه ليس به عيب كذا، فلم يتفق بينهما بيع، ثم إن المشتري ادعى ذلك العيب، وأراد أن يرده على بائعه بذلك، فليس له أن يرده؛ لأن العمل بحقيقته ممكن؛ لأن الآدمي يخلو عن عيب واحد معين، فكان ذلك إقرار منه بنفي ذلك،

العيب، فلا يسمع المشتري وجود ذلك العيب منه بعد ذلك.

ولو كان مكان العبد ثوبًا، وباقي المسألة بحالها، لا يسمع دعواه، ولا يرده على بائعه في الوجهين جميعًا؛ لأنا لم نتيقن بكذبه؛ لأن عيوب الثوب مما يوقف عليه، ولو كان العيب مما لا يحدث مثله أصلًا، أولا يحدث مثله في هذه المدة، رد القاضي العبد على بائعه؛ لأنه صار مكذبًا فيما أقر حقيقة. ولو صار مكذبًا فيما أقر شرعًا، أليس أنه يلحق إقراره بالعدم، كذا هنا -والله أعلم-.

نوع آخر منه:

١٢٦٢٧ - وإذا أصاب الإمام والجند غنائم في دار الحرب، فأخرجوها إلى دار الإسلام، فباع الإمام، أو بعض أمنائه الغنائم لمصلحة رآها، حتى جاز البيع، فوجد المشتري بجارية عيبًا لا يدري أكان العيب يوم الشراء، أولم يكن، له أن يخاصم الإمام في الرد بالعيب؛ لأن بيع الإمام خرج على وجه القضاء بالنظر للغانمين، ولو صار خصمًا في هذا البيع خرج بيعه من أن يكون قضاء، فإن القاضي لا يصلح خصمًا، وإذا عرفت هذا الحكم في حق القاضي، فكذا في حق أمينه؛ لأن أمينه نائب عنه، وهذا بخلاف ما إذا نصب الإمام وصيًا عن الميت بالتصرف، حيث يلحقه العهدة؛ لأنه نائب الميت، ولكن بنصب القاضي، والميت كان يصلح خصمًا في حياته، فكذا نائبه، وإذا لم يصلح الإمام خصمًا، ولا نائبه، كان للإمام أن يجعل أمينه خصمًا للمشتري ابتداء، وإن شاء نصب خصمًا آخر، دفعًا للضرر عن المشتري، فإن أقام المشتري البينة على الخصم، أن العيب كان بالجارية يوم اشتراها، ردها عليه، وإن لم يكن له بينة، وأراد استحلاف ما يخاصمه، لا يستحلف؛ لأن المقصود من الاستحلاف النكول الذي هو قائم مقام الإقرار، ولو أقر هذا الخصم بالعيب، لا يصح إقراره للمعنى الذي قلنا، فكذا هذا الذي خاصمه الإمام إذا أقر لا يصح إقراره، وإذا لم يصح إقراره لما قلنا، فالقاضي يخرجه عن الخصومة، وينصب للمشتري خصمًا آخر، نظرًا للمشتري، وإذا نصب القاضي خصمًا آخر، ورد المشتري الجارية على هذا الخصم الآخر ببينة أقامها، فالقاضي يبيع الجارية، ويوفي المشتري ثمنها، فإن كان الثمن الثاني [مثل الثمن الأول فيها، وإن كان النقص، أعطاه الفضل من بيت المال، وإن كان الثمن الثاني](١) أفضل، جعل الفضل للفقراء إن كانت الجارية من الخمس، وإن كانت من الأربعة الأخماس جعل الفضل في بيت المال؛ لأن ذلك حق الغانمين؛

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

ونعني صرفه إلى كل العالمين لكثرتهم وتعرفهم، ونعني صرفه إلى بعض الفقراء فائدته من إبطال حق [المستحق]، وكان بمنزلة اللقطة، فيوضع في بيت المال، هذه الجملة من بيوع الجامع.

١٢٦٧٨- وفي «المنتقى»: رجل اشترى عبداً، وباعه من ابنه، ثم مات الأب، والابن وارثه، ولا وارث له غيره، ثم وجد الابن بالعبد عيباً قديماً، لم يستطع رده، وذكر عين هذه المسألة في «الزيادات» وزاد ثمة، وباعه من مورثه في صحته، ثم مات المورث، وورثه هذا البائع، لا وارث له غيره، ثم وجد بالعبد عيباً قديماً، كان بنفسه البائع الأول، لا يكون له أن يرده؛ لأنه لا وجه إلى الرد على البائع الأول؛ لأن الملك المستفاد من جهة البائع الأول قد انعدم لبيع المورث من الوارث، ولا وجه إلى الرد على نفسه؛ لأنه لو رد لرد لنفسه، فيصير الواحد راداً ومردوداً عليه، وإنه لا يجوز، ولا ينصب القاضي هنا وصياً عن الميت؛ لأنه لو نصبه إما أن ينصبه ليرده على الوارث، أو على البائع الأول، لا وجه إلى أن يرده على البائع الأول؛ لأنه ما جرى بينهما مبادلة، والسبب المتخلل قائم، ولا وجه إلى أن يرده على الوارث؛ لأن في هذا استيجاب مورث الدين على الوارث بعد الموت، وأنه مستحيل إذا لم يكن وارث آخر؛ لأن ما يجب من الدين للمورث على الوارث يملكه الوارث، كما يملك سائر أملاكه، وإذا ملك ما على نفسه يسقط ضرورة أن الإنسان لا يثبت له على نفسه دين. فلم يكن في إيجاب الدين للمورث على الوارث فائدة.

قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: هذا إذا لم يكن على الميت دين، فأما إذا كان عليه دين، فالقاضي ينصب خصماً للميت ليرد العبد على الوارث؛ لأنه إذا رده على المورث لا يملك الوارث ما عليه؛ لأن دين المورث يمنع وقوع الملك للوارث، فكان الرد مفيداً، بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين. قال في «المنتقى»: ولو كان مع هذا الابن ابن آخر، كان ذلك الآخر خصماً فيه، يرده على الابن البائع من الميت بميراثه يرده على بائعه.

١٢٦٧٩- وفي «الزيادات» أيضاً: رجل اشترى عبداً، وباعه من وارثه في صحته بثمن معلوم، وقبض الثمن، ثم مات البائع، وورثه هذا المشتري، لا وارث له غيره، ثم وجد به عيباً، كان له أن يرده، فينصب القاضي وصياً عن الميت، ليرده الوارث عليه، والرد هاهنا مفيد، إذ لا يستحيل وجوب الدين للوارث على مورثه بعد الموت، ألا يرى أنه إذا حفر بئراً على قارعة الطريق، ثم مات، ووقع فيها دابة الوارث، وهلكت، وجبت قيمة الدابة للوارث على المورث، إلا أنه لا يمكنه الخصومة مع المورث، والرد عليه، فينصب القاضي وصياً عن المورث

ليرد عليه الوارث، فإذا رد ارتفع السبب المتخلل بقضاء القاضي، وعاد ملك المستفاد من جهة البائع الأول [فيرده الوصي على البائع الأول](1)، ويأخذ الثمن منه، ويدفعه إلى الوارث.

فإن قيل: رد الوارث إنما يكون للرجوع بالثمن، ورجوع الوارث بالثمن يكون في تركة الميت، وتركة الميت سالمة للوارث بغير مزاحم، فأي فائدة له في هذا الرد؟

قلنا: التركة سالمة للوارث إرثاً، وبالرد والرجوع يسلم له التركة اقتضاء لدينه، وفيه فائدة، حتى لا يتقدم عليه غريم آخر، ولا يزاحمه معه وارث آخر إذا ظهر، وهذا إذا نقد الثمن، فأما إذا لم ينقد الثمن، لا يكون له الرد إذا لم يكن معه وارث آخر؛ لأنه لا فائدة في الرد، وفي هذه الصورة لأن فائدة الرد في مثل هذه الصورة استفادة البراءة عن الثمن، وقد استفاد البراءة بالموت لاستحالة أن يجب للميت على وارثه دين.

١٢٦٨٠ - وفي «المنتقى»: رجل اشترى لنفسه من ابنه الصغير عبداً، وقبضه، وأشهد على ذلك، ثم وجد به عيباً، ثم أراد أن يرده بنفسه على ابنه، ثم يرد لابنه على بائعه، فليس له ذلك، ولكن يأتي القاضي حتى يجعل لابنه خصماً يرده عليه، ثم يرده الأب لابنه الصغير على الذي اشتراه منه، وكذلك لو كان الأب باع من ابنه الصغير عبداً، وقبضه لابنه من نفسه، ثم وجد به عيباً، وأراد رده على نفسه لابنه.

وفيه أيضاً: رجل باع من رجل عبداً بأمة، وتقابضا، ثم وجد مشتري الأمة بالأمة إصبعاً زائدة، وردها عليه بقضاء قاض، وأخذ العبد، ثم إن مولى الأمة اطلع على أن مشتري الأمة قد كان وطئها قبل أن يستردها، والوطء لا ينقص شيئاً، وذلك بعد ما ماتت الأمة في يد الذي ردت إليه، أو بعد ما باعها، فليس له شيء، قال: لأنه قد كان له أن يرد الأمة، ويأخذ العبد.

نوع آخر منه في المكاتب والمأذون يردان بالعيب:

١٢٦٨١ - قال محمد رحمه الله تعالى في «الزيادات»: مكاتب اشترى ابنه، ثم يستطيع بيعه؛ لأنه كما اشتراه صار مكاتباً عليه على ما عرف، والمكاتب لا يباع، فإن وجد به عيباً، لا يرده بالعيب؛ لأن الكتابة تمنع البيع، فيمتنع الرد، ولا يرجع بنقصان العيب.

واختلف عبارة المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، بعضهم قالوا: لأن الكتابة كما تمنع الرد تمنع الرجوع بنقصان العيب؛ لأن الكتابة في معنى البيع من حيث إنه معاوضة قابلة للفسخ، والبيع كما يمنع الرد بالعيب يمنع الرجوع بنقصان العيب.

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

وبعضهم قالوا : لأن الملك بهذا الشراء وقع للمولى ، فكأن المكاتب اشتراه ، ثم باعه من المولى ، ثم اطلع على عيبه ، والبيع يمنع الرجوع بنقصان العيب.

وبعضهم قالوا : إن الرجوع بنقصان العيب خلف عن الرد ، ولهذا لا يصار إليه مع القدرة على الرد ، وإنما يظهر حكم الخلف عند وقوع اليأس عن الأصل ، ولم يقع اليأس عن الأصل هنا ؛ لأن الكتابة قابلة للفسخ ، وبعد الفسخ يمكن الرد.

٢٦٨٣- وإن عجز المكاتب الذي اشترى أبيه ، كان له أن يرده بالعيب ؛ لأن المانع من الرد الكتابة ، وارتفعت الكتابة بالعجز ، ورد في الرق ، فارتفع المانع ، والمكاتب هو الذي يلي الرد والخصومة فيه ؛ لأن العاقد هو المشتري ، فإن لم يخاصم المكاتب في ذلك حتى باعه المولى ، أو مات ، كان الرد إلى المولى ؛ لأن الملك للمولى والمكاتب كان في معنى الوكيل عن المولى ، ألا يرى أن نفع الرد عائد إلى المولى ، وحكمه راجع له ، فإذا تعذر الرد من جهة المكاتب بالموت ، أو بالبيع ، صار كالوكيل بالشراء إذا مات قبل الرد بالعيب ، وهناك يثبت للموكل حق الرد كذا هنا ، ولو أن المكاتب لم يعجز ، ولكن أبرأ البائع عن العيب[1] ، صح إبراؤه ، حتى لو عجز المكاتب بعد ذلك لم يستطع المولى رده.

فإن قيل : كيف يصح الإبراء هنا؟ وإن الإبراء عن العيب إسقاط حق الرد ، وليس للمكاتب هنا حق الرد ، فكيف يصح إسقاطه؟

قلنا : سبب حق الرد موجود ، وهو التزام البائع بالبيع تسليم المبيع سليماً ، لكن لم يثبت له حق الرد لمانع ، وإسقاط الحق يعتمد سبب ثبوت الحق ، لا ثبوت الحق لا محالة ، ألا يرى أن إبراء الأجير المستأجر عن الأجر قبل استيفاء المنفعة صحيح ، وكذا تسليم الجار الشفعة مع وجود الشريك صحيح ، وإنما يصح لما قلنا ، وأقرب من هذا الحر إذا اشترى عبداً ، وكاتبه ، ثم وجد به عيباً ، ليس له أن يرده ، ولو أبرأه عن العيب صح حتى لو عجز ، ورد في الرق ، ليس له أن يرده ، وإنما صح لما قلنا.

فإن قيل : الإبراء تبرع ، والمكاتب ليس من أهل التبرع؟

قلنا : بلى ، الإبراء تبرع ، ولكن تبرع هو من صنيع التجار حملا لغيرهم على التجارة معهم ، ومثله يملك المكاتب : كالتأجيل ، والإعارة ، واتخاذ الضيافة اليسيرة ، والبيع بأقل من قيمته بما يتغابن الناس في مثله ، وكذلك لو أبرأ المولى البائع عن العيب قبل العيب ، صح إبراؤه ؛ لأن الملك للمولى على ما مر ، والمكاتب بمنزلة الوكيل عن المولى ، والموكل إذا أبرأ

---

[1] هكذا في « ب » و « م » ، وكان في الأصل و « ظ » : البيع.

البائع عن العيب[1]، صح إبراءه عن العيب، كذا هنا. والذي ذكرنا من الجواب فيما إذا اشترى ابنه، أو عمه، أو أخته، فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هؤلاء يتكاتبون معه، فصار الجواب فيهم، والجواب في الابن والأب على السواء، وعلى قول أبي حنيفة هؤلاء يتكاتبون معه، فملك رده بالعيب كما يملك بيعهم، فإن أبرأ المولى البائع عن العيب قبل عجز المكاتب، لا يصح إبراءه عنده؛ لأن المولى لا يملكه فإنه يتكاتب، ولهذا لو أعتقه المولى لا يصح إعتاقه، فكان أجنبي عنه، فلم يصح إبراءه عنه لهذا.

١٢٦٨٣ - قال: إذا اشترى المكاتب أم ولده، ووجد بها عيباً، إن كان معها ولده، لا يملك رده، كما لا يملك بيعها، وإنما لا يملك بيعها؛ لأن الجارية في باب الاستيلاد تبع للولد قال عليه السلام: «أعتقها ولدها»[2] وإن امتنع بيع الولد ههنا لما مر، فيمتنع بيع الجارية، ولكن يرجع بنقصان العيب فرق بين هذا، وبينما إذا اشترى ابنه، ثم وجد به عيباً، فإنه ثمة لا يرده بالعيب، لا يرجع عليه بنقصان العيب، والفرق أما على المعنى الأول فلأنها لم تصر مكاتبة، وأما على المعنى الثاني فلأنها لم تصر مملوكة للمولى، وأما على المعنى الثالث فلأن الاستيلاد[3] لا يحتمل الرفع، فكان الأصل مأيوساً، فظهر حكم الخلف، والمكاتب هو الذي يلي الرجوع؛ لأنه من حقوق العقد، والمكاتب هو العاقد، فكان الرجوع له إلا أن يموت، أو يباع بعد العجز، على ما مر، فإن أبرأ المكاتب البائع عن العيب قبل العجز صح؛ لما قلنا، وإن أبرأه المولى لا يصح؛ لأن المولى أجنبي عنه، فإنه لم تكاتب عليه، ولم تدخل في ملكه، ولهذا لو أعتقها المولى، لا يصح بخلاف الولد على ما مر.

وإن لم يكن معها ولد، فكذلك الجواب على قولهما، وعلى قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه له أن يردها بناء على أصل معروف؛ لأن المكاتب إذا ملك أم ولده، وليس معها ولد، فعلى قولهما تصير أم ولد له، ولا يبيعها، وعلى قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لا تصير أم ولد له، ويبيعها فهما سويا بينما إذا كان معها ولد، وبين ما إذا لم يكن معها ولد، وجعلاها أم ولد له في الحالين، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى فرق، ووجه الفرق أن المكاتب يشبه الحر من وجه، ويشبه العبد من وجه، فلشبهه بالأحرار جعلناها أم ولد له إذا كان معها

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب.

(٢) أخرجه ابن عدي في الكامل (٧/ ٢٩٧)، وذكره ابن قدامة في المغني (١٠/ ٤٦٤)، والمزي في تهذيب الكمال (٢٣/ ١٠٧).

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب.

ولده ولشبهه بالعبيد لا يجعلها أم ولد له إذا لم يكن معها ولد، عملاً بالشبهين جميعاً.

١٢٦٨٤ – قال: مكاتب أو من اشترى عبداً، وكاتبه، ثم وجد به عيباً، لا يرده بالعيب؛ لما قلنا: إن الكتابة مانعة من الرد بالعيب، لما قلنا: الكتابة مانعة من البيع، ولا يرجع بنقصان العيب أيضاً؛ لما مر أن الكتابة في معنى البيع، والبيع يمنع الرجوع بنقصان العيب. فإن أبرأ المكاتب، أو أبرأ البائع من العيب صح الإبراء حتى لا يكون للمكاتب بعد العجز ولا للمولى ولاية الرد بالعيب؛ لما مر.

١٢٦٨٥ – ولو أبرأ المولى البائع قبل عجز المكاتب لا يصح الإبراء؛ لأن المولى أجنبي عن اكتساب المكاتب، وإنما يملك من يكاتب عليه لأجل الضرورة، فإن التكاتب عليه لا يكون إلا بعد الدخول في ملكه، وكذلك وارث الحر إذا أبرأ البائع لا يصح إبراءه وإن كان ذلك في مرض موت الحر؛ لأنه لا ملك للوارث في مال مورثه في حال حياته، وفي مرض موته له شبهة الملك، والإبراء لا يثبت بالشبهة، ولهذا لو عفى عن جارح مورثه في الخطأ لا يبرأ، وهنا لا يبرأ كذلك.

وإذا لم يصح الإبراء لمعنى لا يتوقف على ملك يحدث، كالوارث إذا أعتق، ثم مات المورث، أو المولى إذا أعتق عبد المكاتب، ثم عجز المكاتب، فإنه لا ينفذ، وإنما لا ينفذ لما قلنا، ولو أن المولى أبرأ البائع بعد ما عجز المكاتب الأول قبل عجز الثاني، أو بعد عجز الثاني صح الإبراء، أما بعد عجز الثاني، فلأنهما بالعجز صار ملكاً للمولى، وأما قبل عجز الثاني، فلأن بعجز الأول صار الثاني عائداً للمولى، وصار المولى فيه قائماً مقام المكاتب الأول، وقد كان يصح من المكاتب الأول إبراء البائع قبل عجز المكاتب الثاني، فكذا من المولى، أكثر ما في الباب أن الرد يمتنع إلا أن سبب حق الرد موجود، فحصل الإبراء بعد وجود سبب الحق، فيصح على ما مر، وكذا وارث الحر إذا أبرأ البائع بعد موت المورث صح الإبراء؛ لأن الملك والحق له.

١٢٦٨٦ – وكذلك رجل اشترى عبداً، وباعه من آخر، ثم مات المشتري الأول، ثم ظهر بالعبد عيب كان عند البائع الأول، فأبرأ وارث المشتري الأول البائع عن العيب، صح الإبراء، حتى لو رد العبد عليه لا يستطيع رده على البائع، وإن كان الرد ممتنعاً في الحال، وطريقه ما ذكرنا.

أورد محمد رحمه الله تعالى هذه المسألة بياناً أن صحة الإبراء لا يعتمد قيام الحق لا محالة، بل كما يصح الإبراء عند قيام الحق، يصح عند وجود سببه؛ مكاتب اشترى عبداً،

وباعه من مولاه، وتقابضا، أو لم يتقابضا حتى عجز المكاتب، ثم وجد المولى به عيبًا لم يرده بالعيب؛ لأنه لو رد إما أن يرد على بائع العبد، أو على العبد لا وجه إلى الأول؛ لأن المولى استفاد ملكًا جديدًا من جهة العبد، فلا يملك الرد على بائع العبد ما لم ينعدم حكم البيع من العبد، وذلك بالرد على العبد، ولا وجه إلى الرد على العبد لعدم الفائدة، بيانه: أن المولى إن نقد الثمن، ففائدة الرد وجوب الثمن دينًا في ذمة البائع، والمكاتب بالعجز صار ملكًا للمولى، والمولى لا يستوجب على مملوكه دينًا، وإن لم ينقد الثمن ففائدة الرد البراءة من الثمن، والمولى بعجز المكاتب برأ عن الثمن إذ المملوك لا يستوجب على مالكه دينًا، وما لا يفيد، لا يرد الشرع به، على ما مر بهذا الطريق.

١٢٦٨٧ - قلنا: إن من اشترى من آخر عبدًا، ولم ينقده الثمن[1]، حتى وهب البائع الثمن منه، ثم وجد بالعبد عيبًا، لا يرده، وإنما لا يرد لعدم الفائدة على نحو ما قلنا.

١٢٦٨٨ - ولو كان المولى اشترى العبد أولًا من رجل، وباعه من مكاتبه، ثم عجز المكاتب، ثم وجد المولى بالعبد عيبًا، وأراد المولى أن يرده على بائعه، هل له ذلك؟ لم يذكر هذا الفصل في الكتاب، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: وينبغي أن لا يكون له ذلك؛ لأنه باع ما اشترى منه، فلا يملك الرد عليه ما لم يرتفع حكم البيع الثاني، وذلك بالرد، وتعذر الرد بحكم البيع الثاني؛ لأن البائع الثاني هو المولى، فيصير هو الراد والمردود عليه، فإنه باطل، وإذا تعذر الرد بحكم البيع الثاني تعذر الرد بحكم البيع الأول ضرورة.

١٢٦٨٩ - عبد مأذون عليه دين مستغرق برقبته اشترى عبدًا وقبضه، ثم باعه من مولاه، إن باعه بمثل قيمته جاز بيعه بلا خلاف، أما على قول أبي حنيفة رضي الله عنه: فلأن هذا البيع يفيد له ملك العين وملك التصرف؛ لأن دين العبد إذا كان مستغرقًا يمنع وقوع الملك للمولى في اكتسابه، وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: فلأن هذا البيع، وإن كان لا يفيد له ملك العين يفيد ملك التصرف؛ لأن دين العبد وإن كان لا يمنع وقوع الملك للمولى في اكتسابه يمنع المولى عن التصرف، فهذا البيع يفيد له ملك التصرف، وأنه يكفي لنفاذ البيع، أصله شراء العبد المأذون، فإنه صحيح مع أنه لا يفيد له ملك العين لإفادته ملك التصرف، وكذا شراء رب المال شيئًا من مال المضاربة صحيح، وإنما صح لإفادته ملك التصرف، هذا إذا باعه بمثل قيمته، وإن باعه، وحابى فيه محاباة فاحشة، أو يسيرة، لا يجوز؛ لأنه يتحمل في هذا العقد الغبن الفاحش، ولا الغبن اليسير.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و ر و ب.

ومن هذا الجنس مسائل : أحدها : هذه.

١٢٦٩٠ - والثانية : المضارب إذا باع ممن لا تقبل شهادته له ، فإنه لا يتحمل منه الغبن اليسير ، كما لا يتحمل منه الغبن الفاحش.

١٢٦٩١ - والثالثة : المريض إذا باع وعليه دين محيط بتركته ، فإنه لا يتحمل منه الغبن اليسير ، كما لا يتحمل منه الغبن الفاحش.

١٢٦٩٢ - والرابعة : إذا باع رب المال شيئاً من مال المضاربة بعدما صار رأس المال عروضاً ، فإنه لا يتحمل منه الغبن اليسير ، كما لا يتحمل منه الغبن الفاحش ، والأصل فيه أن كل من تمكنت التهمة في تصرفه ، لا يتحمل منه لا الغبن اليسير ، ولا الغبن الفاحش.

قلنا : والعبد في تصرفه مع المولى متهم بالميل إليه ، وكذلك المضارب متهم في بيعه ممن لا تقبل شهادته له ، وكذلك المريض متهم بالميل إليه ، وكذلك المريض متهم ؛ لجواز أنه قصد إيثار المشتري على الغرماء ، وعلم أنه لو آثره بطريق التبرع ، ينقض تبرعه ، فسلك إلى طريق يروج إيثاره ، وهو البيع ، وكذلك رب المال متهم ؛ لأنه بعدما صار رأس المال عروضاً ، لا يملك منع المضارب ، ونهيه عن التصرف ؛ لتعلق حقه في الربح ، فلعل أنه قصد الإضرار به لحرمانه عن الربح الذي شارطه معه ، ولأجل التهمة ، حتى جاز هذا البيع ، فقبضه المولى ، ووجد به عيباً ، إن كان المولى قد نقد الثمن ، لم يملك رده على العبد ؛ لأنه لا يفيد ؛ لأن فائدة الرد في مثل هذه الصورة الرجوع بالثمن ، وهو ممتنع ههنا ؛ لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً ، سواء كان على العبد دين ، أو لم يكن ؛ لأن محل الدين ملكه ، والإنسان لا يستوجب ديناً في ملك نفسه ، ولا يرجع بنقصان العيب على العبد أيضاً ؛ لأن هذا القدر يصير ديناً له في ملكه.

فإن قيل : المولى قد يستوجب على عبده ديناً ؛ فإنه إذا باع شيئاً من عبده المأذون المديون بالدراهم أو الدنانير ، فإنه يجوز ، ويجب الثمن في ذمة العبد ، فإن حكم البيع بالدراهم والدنانير وجوب الثمن في ذمة المشتري ، على ما عرف من أصلنا أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات؟

قلنا : بيع المولى من العبد المأذون المديون عندنا لا ينعقد موجباً الثمن في ذمة العبد ، بل ينعقد فيما بين المتعاقدين ، مفيداً الملك في الدراهم المعينة عند القبض على مثال البيع بشرط الخيار للمشتري [فإن البيع بشرط الخيار للمشتري](١) لا ينعقد موجباً الثمن في ذمة المشتري ؛ لأن خيار الشرط يمنعه ، بل ينعقد فيما بين المتعاقدين مفيداً الملك في الدراهم المعينة عند

(١) هكذا في نسخة م.

القبض، وهذا لأن الدراهم والدنانير إن كانا لا يتعينان في عقود المعاوضات يتعينان عند القبض، فينعقد العقد فيما بين المتعاقدين في الحال مفيداً الملك عند التعيين بالقبض، وهذا الطريق مما لا يمكن تحقيقه في الفسخ؛ لأن انعقاد الفسخ فيما بين المتعاقدين من غير أن يعود الثمن ديناً في ذمة البائع، لا أصل له في الشرع، وإن أراد المولى أو العبد الرجوع على البائع بشيء، لم يكن لهما ذلك، أما المولى فلأنه ما جرى بينهما معاقدة، والسبب المتخلل بينهما، وأما العبد فلأن ما استفاد العبد من الملك من جهة إزالة عن ملكه إلى ملك مولاه، فلا يملك الرد عليه ما لم يعد حكم ذلك الملك بالرد على العبد، هذا إذا كان المولى قد نقد الثمن، وإن لم يكن نقد الثمن، كان له أن يرد على العبد؛ لأن الرد ههنا مفيد؛ لأن فائدة الرد في مثل هذه الصورة سقوط الثمن عن ذمة المولى، وبراءته عن دين العبد، ولا يستحيل أن يبرأ المولى عن دين العبد، كما لو أداه إلى العبد حقيقة، فإذا رد على العبد بقضاء القاضي، عاد حكم الملك الذي استفاده العبد من جهة بائعه، فكان له أن يرد على بائعه، فإن سقط الدين عن العبد في هذه الصورة قبل رد المولى العبد عليه، ثم أراد المولى رده على العبد، لم يكن له ذلك؛ لأن المولى قد برئ من الثمن حين سقط الديون على العبد، فلم يكن في هذا الرد فائدة، فلا يرد، هذا الذي ذكرنا إذا كان الثمن دراهم أو دنانير.

فإن كان الثمن عرضاً بعينه، أو مكيلاً، أو موزوناً بعينه، ودين العبد قائم على حاله، فوجد المولى بالعبد عيباً، رده على العبد إن كان الثمن قائماً في يد العبد على حاله؛ لأن الرد مفيد؛ لأن فائدة الرد ههنا استحقاق تسليم هذا العين إلى المولى، ولا يمتنع أن يكون في يد العبد عين واجب التسليم إلى المولى، كما لو غصب من مولاه عيناً.

وإن كان العبد قد استهلك الثمن، لم يكن للمولى أن يرده؛ لأنه لا يستفيد به عين الثمن، وإنما يستفيد قيمته ديناً في الذمة، والمولى لا يستوجب على عبده ديناً، وكذلك لو كان العبد باع العبد من المولى بمكيل أو موزون بغير عينه، ثم عينه المولى عند التسليم، لم يملك رده؛ لأن حقه لا يعود في المقبوض بعينه، بل في مثله ديناً في الذمة، وهذا لأن حق المشتري عند الرد إنما يعود فيما يثبت فيه حق البائع وقت العقد؛ لأن الرد فسخ العقد، والعبد عند العقد استوجب على المولى مكيلاً أو موزوناً ديناً في الذمة، فالمولى عند الرد يستوجب على العبد مكيلاً أو موزوناً ديناً في الذمة أيضاً، والمولى لا يستوجب على عبده ديناً، فلا يكون في الرد فائدة فلا يرد.

١٢٦٩٣ - ولو كان العبد المأذون باع العبد من المولى بعرض بعينه، أو بمكيل، أو موزون

عبداً، ووجد به عيباً قبل القبض، فصالحه ذلك العيب على جارية، صارت الجارية زيادة في المبيع، ولم يكن عوضاً عن حصة العيب؛ حتى انقسم الثمن على العبد وعلى الجارية على قيمتهما، ولم تكن حصة الجارية من الثمن حصة العيب، حتى لو وجد بأحدهما عيباً، رده بحصته من الثمن، وإن كان ذلك بعد القبض كانت حصة الجارية من الثمن حصة العيب، حتى لو كان العيب ينقص العبد عشر قيمته، أكانت حصة الجارية عشر الثمن[1]؟

المسألة الثانية: الوكيل بالشراء إذا وجد بالمبيع عيباً، ورضي به، إن كان ذلك قبل القبض، لزم الموكل؛ لأنه اشترى مع العلم بالعيب، وإن كان ذلك بعد القبض لا يلزم الموكل؛ لأن بعد القبض للعيب حصة من الثمن، فوجبت حصة العيب من الثمن للموكل، فصار الوكيل راضياً بالعيب مبطلاً حق الموكل الذي وجب له في العيب، بخلاف العيب قبل القبض.

قال: ولو أن رجلاً اشترى من رجل عبداً، وقبضه، ونقد الثمن، ثم باعه المشتري من رجل آخر، وسلمه، ولم يقبض الثمن، ثم إن البائع الثاني وهب الثمن من المشتري الثاني، أو أبرأه منه، ثم إن المشتري الثاني وجد به عيباً، وأراد أن يرده على البائع الثاني، ليس له ذلك، ولو كان ذلك قبل القبض كان له ذلك، والفرق بين قبل القبض وبعد القبض ما ذكرنا.

ولو كان للمشتري الثاني فيه [خيار الشرط، أو خيار رؤية، وباقي المسألة بحالها، فله أن يرده قبل القبض وبعد القبض؛ لأن خيار الشرط][2] يمنع انعقاد العقد في حق الحكم، وخيار الرؤية يمنع تمام الصفقة قبل القبض وبعده في ذلك على السواء، وكان الرد امتناعاً عن الإتمام، فلا يتوقف صحته على استفادته بمقابلته شيئاً.

أما في خيار العيب الصفقة قبل القبض ليست بتامة، فكان الرد امتناعاً عن الإتمام، فلا يتوقف على الفائدة، وبعد القبض الصفقة تامة، فلم يكن الرد امتناعاً عن الإتمام، بل كان إلزاماً، فإذا لم يستفد بمقابلته شيئاً؛ لا يشتغل به القاضي، فإنما سوينا في خيار الشرط، وخيار الرؤية بين ما قبل القبض وبعده، وفرقنا في خيار العيب بين قبل القبض وبعده لهذا.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

نوع آخر في البراءة عن العيوب:

١٢٦٦٥ - وإذا باع شيئاً أنه بريء من كل عيب صح البيع، وتثبت البراءة من كل عيب، وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه: لا تصح البراءة، وعلى هذا الخلاف الإبراء عن الحقوق المجهولة، والصحيح مذهبنا؛ لأن الإبراء إسقاط فيه معنى التمليك، أما إسقاط فدليل أنه يتم من غير قبول كالطلاق والعتاق، وأما فيه معنى التمليك فدليل أنه يرتد بالرد، وأيّاً ما كان فالجهالة لا تمنع صحته، أما من حيث الإسقاط فظاهر، وأما من حيث التمليك؛ فلأن هذا تمليك لا يحتاج فيه إلى التسليم والتسلم؛ لأن ما وقعت البراءة عنه مسلم لمن وقعت البراءة له، فالجهالة إن لم تمنع التسليم، والتسليم لا تمنع صحة التمليك، كما لو اشترى قفيزاً من صبرة، ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال محمد: لا يدخل فيه الحادث، وهذا بناء على أنه إذا باع بشرط البراءة عن كل عيب يحدث بعد البيع قبل القبض، هل يصح هذا الشرط؟ عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يصح، وعند محمد لا يصح، وإذا كان من مذهب محمد أن البراءة عن العيب الحادث لا يصح لو نص عليه، فعند الإطلاق أولى، وعند أبي يوسف لما صحت البراءة عنه حالة التنصيص عليه، فكذا حالة الإطلاق.

وجه قول محمد رحمه الله تعالى: إن هذا الإبراء قبل وجود السبب؛ لأن سبب الفسخ العيب، فالإبراء قبل وجود العيب يكون إبراء قبل وجود السبب(١)، والإبراء قبل وجود السبب لا يجوز، ولأبي يوسف رحمه الله تعالى أن حق المشتري في صفة السلامة، لا في الفسخ مقصوداً، وصفة السلامة تستحق بالعقد لا محالة، فمطلق العقد صفة السلامة، فصار الإبراء عن كل عيب إبراء عما يقتضيه مطلق العقد من صفة السلامة، فكان إبراء بعد وجود السبب؛ لأن سبب استحقاق صفة السلامة العقد(٣).

١٢٦٦٦ - وإن شرط أنه بريء من كل عيب به، لم ينصرف إلى ما حدث في قولهم جميعاً، وكذلك إذا خص شيئاً من العيوب، صح التخصيص، ولو كانت البراءة عامة، واختلفا في عيب، فادعى المشتري أنه حادث، وقال البائع: كان به يوم العقد، فالقول قول

---

(١) وفي النسخة م: [illegible].

(٢) وفي م: وجود العيب يصح بعد وجود السبب.

(٣) وفي م: لأن سبب الاستحقاق صفة السلامة هو العقد.

البائع في قول محمد رحمه الله تعالى ، وقال زفر والحسن : القول قول المشتري ، ولا يتأتى هذا على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ؛ لأن البراءة العامة عنده تتناول القديم والحادث . ولا يتأتى هذا الاختلاف على قوله . [إلا على رواية شاذة عنه أن البراءة العامة عنده لا تتناول الحادث](١) ، فحينئذ على تلك الرواية جواب أبي يوسف رحمه الله تعالى في هذه المسألة نظير الجواب عند محمد ، وجه قول [زفر والحسن أن البراءة تستفاد من جهة المشتري ، فيكون القول قوله فيما أبرأ ، وجه قول](٢) محمد رحمه الله تعالى : إن الإبراء حصل بصفة العموم ، فتناول العيوب كلها ، فالمشتري يدعي حدوث بعضها بمعنى خروج شيء بعينه من اللفظ ، فلا يقبل قوله .

ولو كانت البراءة عن كل عيب بها ، واختلفا على نحو ما ذكرنا ، فالقول قول المشتري ؛ لأن الإبراء يتناول عيبًا موصوفًا بكونه قائمًا به للحال ، فلا يدخل تحته إلا ما يثبت بالحجة أنه بذلك الوصف .

١٢٦٩٧ - قال هشام : سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول : رجل اشترى من رجل جارية ، وقال البائع للمشتري : أنا بريء من يدها ، ولم يذكر عيبًا ، فوجد بيدها عيبًا ، قال : هو بريء ، قلت : وإن قال : أنا بريء من يدها ، قال : لا يبرأ من العيب ؛ لأنه لا يقع هذا على البراءة عن العيب في كلام الناس .

١٢٦٩٨ - وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى : رجل اشترى من رجل ثوبًا ، وأراه البائع خرقًا فيه ، فقال المشتري : أبرأتك عن هذا الخرق ، ثم جاء المشتري بعد ذلك ، يريد نقض الثوب ، فإذا فيه ذلك الخرق ، فقال المشتري : ليس هذا الخرق مثل ما رأيته ، حين أبرأتك حين رأيته كان شبرًا ، والآن ذراع ، فالقول قوله في ذلك ، وكذلك القول قوله في زيادة بياض عين الجارية .

١٢٦٩٩ - وفي "نوادر إبراهيم" : عن محمد رحمه الله : إذا قال : أبرأتك عن كل عيب بعينه ، فإذا هو أعور لا يبرأ ، وكذلك إذا قال : عن كل عيب في يده ، فإذا يده مقطوعة ، لا يبرأ ، وإن كان إصبع من يده مقطوعة ، يبرأ ، وإن كان إصبعان مقطوعتان ، فهذا عيبان ، لا يبرأ ، وإن كانت الأصابع كلها مقطوعة مع نصف الكف ، فهذا عيب واحد ، فيبرأ ، وفي كتاب

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب .

المعقد عن محمد رحمه الله تعالى . إذا قال : أبرأتك عن كل عيب بعينها ، فإذا هي عمياء ، فهو بريء ، ولو قال : أبرأتك عن كل عيب بكفها ، فإذا هي مقطوعة الكف لا يبرأ ؛ لأن الكف بعد القطع لا يسمى كفاً . فأما العين بعد العمى تسمى عيناً ، ففي مسألة العين الإبراء صادف محله ، فصح ، وفي مسألة الكف الإبراء لم يصادف محله ، فلم يصح .

١٢٧٠٠ - وفي نوادر ابن سماعة : عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : إذا باع جارية ، وقال : برئت إليك من كل عيب إلا من عيب بكفها ، أو إلا من عيب بعينها ، فوجدها يابسة الكف ، أو وجدها عمياء ، فهو بريء منها ؛ لأنه قد سمى ذلك العيب له ، فهو بريء منه حين أخبره به ، وكذلك إذا قال : أنا بريء من كل عيب بهذا العبد إلا إباقه ، فوجده آبقاً ، فهو بريء منه ، ولو قال : إلا الإباق ، فله أن يرده بالإباق .

١٢٧٠١ - ولو باع ثوباً ، وبرأ عن كل خرق به ، دخل تحت البراءة كل خرق كانت مرقوعة أو غير مرقوعة ، مخيطة كانت ، أو غير مخيطة ، وكذلك إذا باع عبداً ، وبرأ من كل قرح به ، دخل تحته القروح الدامية ، وآثار قروح قد برأت ، ولا يدخل تحته آثار الكي ؛ لأن الكي غير القرح .

١٢٧٠٢ - وفي المنتقى : إذا باع سلعة ، وقال : برئت إليك من العيب به ، أو قال : برئت إليك من عيب به ، فهذا على عيب واحد ، فإن وجد بها عيبان ، فهو بريء من أحدهما .

وفي نوادر المعلى : عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : رجل اشترى من آخر جارية ، وبرئ البائع إليه من كل آمة برأسها ، فإذا برأسها موضحة ، وليس برأسها آمة ، لا يبرأ من الموضحة .

١٢٧٠٣ - ولو برأ إليه من كل سن لها سوداء ، فهو بريء من كل سن لها سوداء ، أو حمراء ، أو خضراء ، وكذلك لو برأ إليه عن ثنيتها السوداوين ، فكانتا حمراوين ، فهو بريء منهما .

قال المعلى : سألت محمداً رحمه الله تعالى عن ذلك ، فقال : كقوله : في الآمة ، ولم يبينه .

١٢٧٠٤ - وقال القدوري : وإذا اشترى عبداً واحداً على أن به عيباً واحداً ، فوجد به عيبين ، وقد تعذر رده بموت ، أو ما أشبه ذلك ، فعند أبي يوسف رحمه الله تعالى الخيار إلى [البائع ، وقال محمد : الخيار][1] إلى المشتري ، يرجع بنقصان أي العيبين شاء ، فيقوم وبه

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل واقتبسناه من ظ ، م وف .

العيبان ، ويقوم وبه العيب الذي لا يريد الرجوع بنقصانه ، فيرجع بفضل ما بينهما ، وإنما كان الخيار إلى المشتري عند محمد رحمه الله تعالى ؛ لأنه هو المبرئ عن العيب ، فكان تعيين[1] ما وقعت البراءة عنه إليه .

قال في " الزيادات " : وكذلك إذا وجد به ثلاثة عيوب ، وتعيب عنده بعيب زائد حتى تعذر الرد ، يرجع بنقصان العيبين من الثلاثة ، أي ذلك شاء عند محمد رحمه الله تعالى ، فيقوم وبه العيب الذي لا يريد الرجوع بنقصانه ، ويقوم وبه العيوب الثلاثة ، فيرجع بفضل ما بينهما .

١٢٧٠٥ - وفيه أيضاً : إذا اشترى عبدين على أن بأحدهما عيباً ، فوجد بأحدهما عيباً ، فليس له حق الرد ، ولو وجد به عيبين ، فله حق الرد ، وكذلك لو وجد بكل واحد عيباً ، فله حق الرد ، وبعد ذلك ينظر إن كان ذلك قبل القبض ردهما جميعاً ، وإن كان بعد القبض رد أيهما شاء ، وهذا قول محمد رحمه الله تعالى ، فالخيار إلى المشتري عند محمد ؛ لأن الخيار إنما يثبت للمشتري حقاً له ، فكان التعيين إليه ، فإن كان قبض أحد العبدين ، ولم يعلم بالعيب فيه ، ثم علم بالعيب بالعبد الآخر ، وقبضه مع العلم بالعيب [ثم علم بالعيب بالذي قبضه أولاً ، كان له أن يرد أيهما شاء ، وإن أراد رد الذي قبضه مع العلم بالعيب][2] ، قال البائع : ليس لك أن ترده ؛ لأنك رضيت بعيبه حين قبضته مع العلم بالعيب ، لا يلتفت إلى قول البائع ؛ لأن القبض مع العلم بالعيب إنما يكون رضا بالعيب إذا كان عيباً يثبت له حق الرد ، وهذا العيب ما كان يثبت له حق الرد ؛ لأنه أبرأه عن عيب واحد بأحدهما ، وحين قبض الثاني مع العلم بالعيب ، فالعيب بالأول لم يكن معلوماً ، فهذا العيب ما كان يثبت له حق الرد ، وكان قبض الثاني مع العلم بالعيب وجوده وعدمه بمنزلة ، فإن باع من آخر عبداً على أنه لا عيب به ، ولكن تبرأ إليه من عيب واحد ، فاشتراه على ذلك ، وقبضه ، ثم وجد به عيبين ، وقد تعذر رده بسبب من الأسباب ، يرجع بنقصان أي العيبين شاء من قيمته صحيحاً ؛ لأنه وإن ذكر عيباً واحداً ، ولكن نص في الابتداء على أنه لا عيب به ، فيتناوله العقد سليماً ، بخلاف ما إذا لم يقل في الابتداء على أنه لا عيب به ، فإن هناك يرجع بنقصان أي العيبين شاء من قيمته معيباً بالعيب الآخر .

ولو اشترى عبدين على أنه بريء من كل عيب بأحدهما ، فقبضهما ، ثم وجد بأحدهما

---

(١) وفي النسخة " م " : بمعنى مكان تعيين .

(٢) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من " ظ " و " م " و " ب " .

عبدين، لا يكون له أن يرده، فإن استحق الآخر بعد ذلك، رجع بحصته من الثمن، فيقسم الثمن عليهما وهما صحيحان، ولو اشتراهما على أنه بريء من ثلاث شجاج بأحدهما، فوجد بأحدهما ثلاث شجاج، واستحق الآخر، فإنه يقسم الثمن على المستحق وهو صحيح، وعلى الآخر وهو مشجوج ثلاث شجاج؛ لأن في الوجه الأول دخلا في العقد صحيحين، بخلاف الوجه الثاني. والأصل في جنس هذه المسائل أن البراءة عن كل عيب لا يكون إقرارا بوجود العيب لعلمنا يقينا أن العبد الواحد لا تجتمع فيه العيوب كلها، فيجعل مجازا عن إلزام العقد، وإبراء له لامتناع عن التزام صفة السلامة، وشرط البراءة[1] عن بعض العيوب إقرارا بوجوده، إذ لو لم يكن إقرارا بوجوده لم يكن لتخصيص العيوب معنى وفائدة، ألا ترى أن قوله: لا عيب به مطلقا، لم يجعل إقرارا بنفي العيوب كلها؛ لأن الإنسان لا يخلو عن قليل عيب، والعمل بالحقيقة غير ممكن، فيسقط اعتبار الحقيقة، ويجعل قوله: لا عيب به مجازا عن الترويج، حتى إن من عرض عبدا على رجل، وقال: اشتره فإنه لا عيب به، فلم يتفق بينهما بيع، ثم وجد به عيبا، كان له أن يرده على بائعه، وليس له أن يحتج عليه بقوله عند العرض: لا عيب به، وتخصيص بعض العيوب بالنفي يكون إقرارا بانتفاء ذلك العيب [حتى من عرض عبدا على رجل، وقال: اشتره فإنه ليس به عيب كذا، فلم يتفق بينهما بيع، ثم وجد به ذلك العيب][2] لم يكن له أن يرده على بائعه بذلك العيب، ويجعل قوله: ليس به عيب كذا إقرارا بانتفاء ذلك العيب؛ لأن العمل بالحقيقة هاهنا ممكن، فإن الإنسان لا يخلو عن عيب معين، فكذا هاهنا. والدليل على صحة ما قلنا ما ذكر في الكتاب: إن من اشترى من رجل عبدا، ثم أراد أن يرده بالعيب، فشهد شاهدان على البائع أنه تبرأ من كل عيب به، ثم اشتراه أحد الشاهدين، ثم وجد به عيبا، فأراد رده، كان له ذلك، فلم يجعل الشهادة على البراءة عن كل عيب إقرارا بالعيب.

ولكنه لو شهد على أن البائع تبرأ من عيب كذا، ثم اشتراه أحد الشاهدين، ثم وجد به ذلك العيب، لا يكون له حق الرد، ويجعل الشهادة على البراءة عن عيب مخصوص إقرارا بوجود ذلك العيب، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا أبرأه عن كل عيب، دخل فيه العيوب والأدواء، ولو أبرأه عن كل داء، دخل فيه السقم والمرض، ولا يدخل فيه الكي، ولا أثر

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من غ ر ب ف

(٢) هكذا في جميع النسخ التي عندنا

قرح قد برأ، ولا الإصبع الزائدة، والحاصل أن الداء تدخل في العيب، أما العيب غير داخل في الداء، ولو أبرأه عن كل غائلة دخل فيه السرقة، والإباق، والفجور، ولا يدخل فيه الكي، ولا أثر القروح، ولا الدمل، ولا الثؤلول، ولا الأمراض، وعن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن الداء المرض(١) الذي في الجوف والطحال، أو كبده، والغائلة السرقة، والإباق، والزنا.

نوع آخر في الضمان عن العيوب

وفي نوادر ابن سماعة: عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: اشترى من رجل جارية عمياء، وضمن له رجل عيوبها، فوجد بها عيباً، وردها، فلا ضمان عليه في قياس قول أبي حنيفة رضي الله تعالى، وهذا على العهدة، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: هو ضامن للعيوب، هذا مثل ضمان الدرك في الاستحقاق، وكذلك لو ضمن له رجل ضمان السرقة، أو الحمق، فوجدها حمقاء أو سارقة، ضمن، وكذلك لو ضمن له رجل العمى، والجنون، فوجدها كذلك، رجع على الضامن بالثمن، ولو مات عنده قبل أن يرده، وقضى على البائع بنقصان العيب، كان للمشتري أن يرجع بذلك على الضامن، ولو أن(٢) ضمن له بحصة ما يحدث من العيوب فيه من الثمن، فهو جائز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، فإن رده المشتري، رجع على الضامن بجميع الثمن، وإن لم يرده، وقضى له على البائع بحصة العيب، يرجع على الضامن بذلك، كما يرجع على البائع.

١٢٧٠٦- ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: لو اشترى رجل عبداً، فقال له رجل: ضمنت لك عماه، وكان أعمى، فرده على البائع، لم يرجع على ضامن العمى بشيء، ولو قال: إن كان أعمى، فعلي حصة العمى من الثمن، فرده بالعمى بقضاء، كان له أن يضمن حصة العمى.

ولو اشترى عبداً، فوجد به عيباً، فقال له رجل: ضمنت لك هذا العيب، لم يلزمه شيء، وفي فتاوى الناطفي(١): لو قال المشتري للبائع: أنت بريء من كل حق لي قبلك، دخل العيب تحت الإبراء، وهو المختار، ولا يدخل تحت الدرك؛ لأن العيب حق له قبله للحال والدرك لا.

(١) وفي نسخة م: أن الداء المرض.

(٢) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل، أثبتناه من ظ و ب.

نوع آخر منه في الصلح عن العيوب

قال محمد رحمه الله تعالى في «الأصل»: إذا اشترى الرجل من آخر عبداً بألف درهم، وقبضه منه، ونقده الثمن، ثم وجد به عيباً، فأنكر البائع أن يكون باعه وبه ذلك العيب، ثم صالحه البائع على أن يرده عليه دراهم مسماة حالّة، أو إلى أجل، فهو جائز، والحاصل أن الناس تكلموا في المشتري إذا وجد بالمبيع عيباً، أن حقه فيماذا، والأصح أن في ابتداء ما يجد به العيب حقه في الجزء، والفائت يطالب به[1] البائع؛ لأنه ضمن له التسليم بالعقد، ومن العيوب ما يكون بعرض الزوال، وإذا زال، صار قادراً على تسليمه، فقيل يطالبه في الابتداء به، ثم إن البائع يعجز عن تسليمه إليه لفواته، فينفسخ البيع فيه، ويصير حق المشتري في حصة العيب من الثمن، إلا أنه متى وقع الصلح على جنس الثمن، يعتبر استيفاء بحصة العيب من الثمن، ويجوز حالة مؤجلة، وإذا وقع على خلاف جنس الثمن، يعتبر معاوضة بين المأخوذ وبين حصة العيب من الثمن، وفيما إذا صالح عن العيب على أكثر من حصته من الثمن، فطريق الجواز أن مقدار حصة العيب هذا استيفاء لحصة العيب، وما زاد على ذلك، فالبائع حط عنه من الثمن، ولو صالحه من العيب على دينار، فإن نقده قبل أن يتفرقا، فهو جائز، وإن افترقا قبل أن ينقده، بطل الصلح، ولو كان المشتري باعه، وانتقد الثمن، ثم اطلع على عيب به، فصالحه بائعه منه على دراهم، لم يجز؛ لأنه لا حق للمشتري بعد ما باعه، لا في الرد بالعيب، ولا في الرجوع بنقصان العيب، فإنما صالح عما ليس بحق له، فإن كان العبد مات عند المشتري الثاني، فرجع على بائعه بنقصان العيب، ثم إن البائع الثاني صالح المشتري الأول على صلح، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه الصلح باطل، وعندهما صحيح، بناء على أن المشتري الثاني إذا رجع على بائعه هل لبائعه أن يخاصم البائع الأول؟ عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ليس له ذلك، خلافاً لهما.

وذكر في «المنتقى»: إذا حدث به عيب عند المشتري الآخر، فرجع على بائعه بالنقصان، ليس لبائعه أن يرجع على البائع[2]، ولم يذكر فيه خلافاً.

واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى، منهم من قال: هو قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، ومنهم من قال: هو قول الكل، ويفرق لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى بين

(1) وفي النسخة م: في الجزء الفائت بإلزام البائع؛ لأنه ضمن له تسليمه بالعقد، ومن العيوب.

(2) وفي م: على البائع الأول.

المسألتين، والفرق أن في تلك المسألة للبائع الأول أن يقول للمشتري الأول: سبيلك أن تقبل منه لا أقبل منك، فإن لم يقبل، فأنت الذي فوت حقك، فلا يمكنه الاحتجاج علينا هاهنا، فقلنا بأنه يرجع عليه، وإذا كان الثمن مكيلاً أو موزونًا بغير عينه، ومن الكيل والوزن، وتقابضا، ثم وجد بهما[1] عيبًا، فصالحه، فإن وقع الصلح على بعض الثمن من جنسه، فهو استيفاء لا استبدال، فيجوز حالاً ومؤجلاً، سواء كان الثمن قائمًا في يد المشتري، أو كان مستهلكًا، وإن وقع الصلح على خلاف جنس الثمن، فهو معاوضة، ففي كل موضع حصل الافتراق فيه عن عين بدين، يجوز، وفي كل موضع حصل الافتراق عن دين بدين لا يجوز.

وإذا كان الثمن مكيلاً، أو موزونًا بعينه، وتقابضا، فصالحه على بعض الثمن من ذلك الجنس مؤجلاً، أو بعينه، فهو جائز إن كان الذي أخذه عوضًا عن الجارية مستهلك. وإن كان الذي هو ثمن قد نقد بعينه، لم يجز الصلح على بعض الثمن من ذلك الجنس مؤجلاً، وجاز حالاً إذا أداه إياه قبل أن يتفرقا، أو كان بعينه؛ لأن الثمن في هذه المسألة تعين في العقد بالتعيين، فكان حق المشتري في عين ما أدى، فكان ما وقع عليه الصلح عوضًا عما استوجب عليه، ومبادلة المكيل والموزون بجنسه مؤجلاً، لا يجوز، وفي المسألة الأولى الثمن استحق بالعقد دينًا. فإنما يرجع بحصة العيب من ذلك، لا من عين[2] المقبوض، فجاز الصلح على مثله حالاً ومؤجلاً [وكتبت في كتاب المزارعة، لو زال البياض بمعالجة المشتري، لا يرد الدراهم على البائع][3].

ولو طعن في بياض بعينها، فصالحه البائع عن ذلك على أن حط عنه درهمًا، كان جائزًا، فلو أنه انجلى البياض بعد ذلك، رد الدراهم على البائع؛ وكذلك لو طعن بحبل فيها، فصالحه البائع على [أن حط عنه درهمًا، ثم ظهر أنه لم يكن بها حبل، فإنه يرد الدرهم، وكذلك لو اشترى أمة، فوجدها منكوحة، فأراد أن يردها على البائع، فصالحه البائع على][4] دراهم، ثم طلقها الزوج طلاقًا بائنًا، كان على المشتري رد الدراهم.

١٢٧٠٧- اشترى كر حنطة بكر حنطة ثم طعن بعيب بأحدهما، فصالحه الآخر على

---

(١) وفي م: ثم وجد بالعين عيبًا.

(٢) كذا في ف و م، وكان في الأصل و"ط": غير مكان عين.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة م.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و م و ف.

دراهم، أو على قفيز حنطة](١)، أو على قفيز شعير، لم يجز، لأن الحنطة بالحنطة متى قوبل، تكون الزيادة ربا. كما لو قال عند ابتداء العقد، ولو لم تصح الزيادة، هل يفسد البيع إن كان بلفظ الصلح، بأن قال: صالحتك من العيب على هذه الدراهم، لا يفسد، وإن كان بلفظ الزيادة، بأن قال: صالحتك على أن أزيد لك قفيز حنطة، أو دراهم: فسد البيع عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه؛ لأن الزيادة تلتحق بأصل العقد، ولو كان موجودًا لدى العقد كان العقد فاسدًا، كذا ههنا.

صالحه من كل عيب على درهم، جاز، سواء طعن المشتري بعيب، أو لم يطعن؛ لأن هذا إبراء عن العيوب المجهولة بعد وجود سبب الحق له، وذلك صحيح، ولو اشترى العيوب منه بدرهم، لا يجوز، لأن الشراء والصلح وقع عن حصة العيب من الدرهم، وذلك مجهول، إلا أن مثل هذه الجهالة تمنع صحة البيع، ولا تمنع صحة الصلح.

ولو صالحه من العيب على ركوب دابته في حوائجه شهرًا، فهو جائز، قالوا: وتأويله إذا شرط ركوبه في المصر، وأما إذا شرط ركوبه خارج المصر، أو أطلق، لا يجوز لمكان الجهالة، نص على هذا التفصيل في كتاب الإقرار.

صالحه من عيب الغلام على أن يزوج نفسها منه، صح، وكان هذا إقرارًا بالعيب؛ لأن النكاح لا يصح إلا بمال، وكان كالبيع إذا باعت ثوبًا بحصة من العيب، كان إقرارًا منها بالعيب؛ لأن البيع لا يصح إلا بمال، بخلاف الصلح.

١١٧٠٨- اشترى ثوبًا، فقطعه قميصًا، وخاطه، فباعه بعد ذلك، أو لم يبعه، ثم اطلع على عيب، أو كان البيع بعد ظهور العيب، ثم صالحه من العيب على دراهم جاز؛ لأن حقه قد تقرر في الرجوع بنقصان العيب بسبب الخياطة، ألا ترى لو كان في يده، ليس للبائع أن يقول: أنا أقبله كذلك، فيكون صالحه عن حقه، وكذلك لو صبغه بصبغ أحمر، ثم باعه، أو لم يبعه، حتى صالح من العيب، ولو قطعه، ولم يخطه حتى باعه من العيب، لا يصح؛ لأن حقه لم يتقرر في الرجوع بنقصان العيب؛ لأن القطع المجرد نقصان، ألا يرى أن للبائع أن يقول: أنا أقبله كذلك، فإنما صالح عما ليس بحق له، والخياطة بمنزلة القطع عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وعندهما بمنزلة القطع مع الخياطة.

صالحه على أن أبرأه عن كل عيب، فهو جائز سمى، أو لم يسم، خلافًا لابن أبي ليلى، وكان أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه يحتاط في ذلك، ويقول: يكتب في العيب الصلح برئت

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م و ب.

من كل عيب فيبيعه، ويقبضه، أو يكتب في الصك أنه باع لعبد، ويخرج عن ملكه، ثم عاد إلى ملكه بتصدقه، أو ما أشبهها، أكثر ما في الباب أن هذا حيلة بالكذب، إلا أن الكذب مباح لإحياء حقه، ولدفع الظلم عن نفسه، كالشفيع يعلم بالبيع في جوف الليل بحيث لا يمكنه الإشهاد، فإذا أصبح يشهد، ويقول: علمت الآن، وكذلك الصغيرة تبلغ في جوف الليل، فإذا أصبحت، قالت: بلغت الآن، واخترت نفسي، فيرخص فيه، كذا ههنا.

وحيلة أخرى أن يعلق المشتري عتقه بمخاصمته في عيب يجده، فإذا خاصم عتق العبد، ولا يمكنه الرد، ولا الرجوع بنقصان العيب.

فإن لم يقدر على شيء من ذلك، فليبرأ البائع من عيب على شيء معين، وإن لم يذكر العيب، ويجعل تسميته بمعنى العيب، بمنزلة تسمية العيب.

١٢٧٠٩ - وقال في الأصل: اشترى أمة بخمسين دينارًا، وقبضها، وطعن المشتري بعيب بها، فاصطلحا على أن قبل البائع السلعة، ويرد عليه تسعة وأربعين دينارًا [وقبضها](١)، فالرد جائز، وهل يطيب للبائع ما استفضل من الدينار، ينظر إن كان البائع مقرًا أن هذا العيب كان عنده على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا يطيب، ويجب عليه رده على المشتري، وعلى قياس قول أبي يوسف: لا يلزمه الرد، بناء على أن عند أبي يوسف رحمه الله الإقالة بأكثر من الثمن الأول، أو بأقل يعتبر بيعًا جديدًا لا إقالة، فلا يلزمه الرد.

وأما إذا كان جاحدًا أن هذا العيب كان عنده، فإن كان عيبًا لا يحدث مثله، فكذلك الجواب، وإن كان عيبًا يجوز أن يحدث مثله، طاب الفضل للبائع بالاتفاق، وإن لم يقر، ولم ينكر، بل سكت، فهو وما لو أنكر سواء.

ولو كان المشتري أخذ ثوبًا، وقبل منه السلعة على أن يرد الثمن كله عليه، فهذا وما لو حبس شيئًا من الثمن سواء، وإن كان مكان الثوب دراهم، فإن قبضت في المجلس، فالجواب كما ذكرنا، وإن كانت إلى أجل لا يجوز على كل حال.

١٢٧١٠ - اشترى ثوبًا، فقطعه قميصًا، ولم يخطه، ثم وجد به عيبًا، أقر البائع أنه كان عنده، فصالحه البائع على أن قبل البائع الثوب، وحط المشتري عنه الثمن مقدار درهم، كان جائزًا، ويجعل ما حبس عند البائع من الثمن مقابلة ما انتقص بفعل المشتري.

وقال في الأصل أيضًا: طعن المشتري بعيب جحده البائع، فاصطلحا على أن يحط كل واحد منهما عشرة، وباعه الأجنبي ما وراء المحطوط، ورضي به الأجنبي، فالبيع من

---

(١) هكذا في نسخة ط.

للمشتري، ثم المشتري يدفع ذلك إلى البائع ليقبل البيع منه، فحينئذ يجوز؛ لأنه يزعم أنه يملك الثوب بستة، وهذه الزيادة بدل عما تلف عند القصار، فكان له أن يأخذ بإزائه جميع الثمن. قال شيخ الإسلام رحمه الله تعالى: تأويل مسألة أن يقع الصلح على أن يقبل البائع الثوب من المشتري على أن يحط المشتري عن البائع درهمًا، ويأخذ المشتري من القصار درهمًا، ويعطيه المشتري أجره.

وفي فتاوى الفضلي: اشترى من آخر جارية، ووجد بها عيبًا، فاصطلحا على أن يدفع البائع كذا درهمًا، والجارية للمشتري، فهو جائز؛ لأن هذا صلح عن العيب، وإن اصطلحا على أن يدفع المشتري ذلك، والجارية للبائع لا يجوز؛ لأنه ربا، إلا إذا باعه منه بأقل من الثمن الذي اشتراها منه بعد أن كان نقد الثمن كله.

٦٧٦٣ - وفي نوادر ابن سماعة: عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من آخر عبدًا، ووجد به عيبًا قبل أن يقبضه، وصالحه من العيب على عبد آخر، وقبضهما المشتري، ثم استحق أحد العبدين، رجع المشتري بحصة المستحق من الثمن أيهما كان، كأنه اشتراهما جميعًا، ولو قبض العبد المشتري، ثم وجد به عيبًا، فصالحه منه على عبد، ودفع الثمن، ثم استحق العبد المشتري، بطل الصلح في العبد الثاني.

وفي نوادر ابن سماعة أيضًا عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى جارية، ووجد بها عيبًا قبل القبض، أو بعده، فصالحه البائع على جارية أخرى، ثم استحقت الجارية الأولى، بطل الصلح.

٦٧٦٤ - وفي المنتقى: رجل اشترى من آخر كر حنطة بعشرة دراهم، وقبض الكر، ولم يدفع الثمن حتى وجد بالكر عيبًا ينقصه العشر، وأراد رده، فصالحه البائع من العيب على كر شعير بعينه، فإنه جائز، وحصة الشعير لنقصان العيب، وإن كان بغير عينه ووصفه، وسمى أجله، فهو باطل؛ لأنه صار عن رأسه سلمًا، ثم يدفع إليه رأس ماله، فإذا دفع إليه عشر[1] الثمن، وقال: هذا حصة كر الشعير، فهو جائز، والشعير سلم، وكذلك إذا دفع إليه كل الثمن، ولو دفع إليه عشر الثمن، ولم يقل: هذا حصة الشعير، ثم نقد بقيته من جميع الثمن، ثبت عشر كر الشعير، وبطل تسعة أعشاره.

---

(١) هكذا في النسخ، وكذا في الأصل والنسخ ... [illegible] ... الثمن.

نوع آخر منه:

١٢٧١٥ - قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع": عبد ودار في يدي رجل، أقام رجل بينة أنه باعه من ذي اليد بألف درهم، وأقام آخر بينة أنه باعه من ذي اليد بمائة دينار، قضى القاضي بالثمنين على ذي اليد؛ لأن المبيع إذا كان مسلماً إلى المشتري، كانت الحاجة إلى إثبات الثمن، والثمن دين، فصار كما لو ادعى أحدهما ألف درهم، والآخر مائة دينار، وإن أقام كل واحد منهما بينة على أن العبد عبده، باعه من ذي اليد بما يدعيه من الثمن؛ لأن المبيع إذا كان مسلماً إلى المشتري، لا يحتاج كل واحد منهما إلى إثبات الملك لنفسه [فصار وجود هذا القول والعدم بمنزلة]، وكذلك إذا ادعى واحد منهما النتاج، لا ترجيح به؛ لأن كل واحد منهما غير محتاج إلى إثبات الملك لنفسه[1] لترجيح بالنتاج، فإن وجد المشتري بالعبد عيباً، وأراد أن يرده، ليس له أن يرده عليهما؛ لأنه إذا رد عليهما كان راداً على كل واحد منهما النصف، وكل واحد زعم أنه باعه كله، وكان له أن لا يقبل النصف مع عيب الشركة، ولكن يرده على أيهما شاء؛ لأن في زعم كل واحد أن البائع هو، وأن للمشتري حق الرد عليه، وحق استرداد جميع الثمن منه، وفي زعم المشتري أن له حق استرداد الثمن من كل واحد منهما، فلهذا كان له أن يرده على أيهما شاء، ويسترد الثمن منه، وإذا رده على أحدهما، لا يكون له على الآخر سبيل، لا في الرد، ولا في الرجوع بنقصان العيب، أما في الرد لعجزه عن ذلك حين رده على الأول، وأما في الرجوع بنقصان العيب لأن في زعم الآخر أني بعته منه، وأن له حق الرد بالعيب علي، لا على صاحبي، فإذا رد بالعيب على صاحبي مع أنه ليس له حق الرد عليه، كان ذلك بمنزلة تمليك مبتدأ، وبه يبطل حق الرجوع بنقصان العيب، فإن لم يرده بالعيب على أحدهما حتى تعيب عند المشتري بعيب زائد، لا يكون له حق الرد عليه، ولكن يرجع بنقصان العيب على أيهما شاء؛ [لأن في زعم كل واحد منهما أن له حق الرجوع بنقصان العيب، وهو يدعي على كل واحد منهما جميع الثمن، فقد اتفقا على استحقاق قدر النقصان بالعيب، فيرجع على أيهما شاء][2] بالنقصان إذا قبله كذلك، فحينئذ يرد عليه؛ لأن امتناع الرد إنما كان دفعاً للضرر عنه، فإذا رضي به، كان للمشتري أن يرد عليه، فإن أبى أن يرده عليه، وأعطاه النقصان، كان للمشتري أن يرجع على الآخر بنقصان العيب.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبت هذه العبارة من النسخة م.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: ف، و، م.

المشتري عن الأول، فههنا يرد بالعيب، ويرجع بالنقصان على الثاني، دون الأول - والله أعلم.

نوع آخر في الوصي، والوكيل، والمريض:

١٢٧١٧ - قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع": رجل اشترى عبدًا بألف درهم، وقبضه، ولم ينقد الثمن حتى مات، وأوصى إلى رجل، ولا مال له سوى العبد، وعليه دين ألف درهم سوى الثمن، فوجد الوصي بالعبد عيبًا، فرده بالعيب بغير قضاء القاضي، فرده جائز، وليس للغريم نقضه؛ لأن الموجب للرد قد وجد لو امتنع الرد، وإنما يمتنع لحق الغريم، وحق الغريم يتعلق بمالية العبد، لا بعينه، ولأن الرد بالعيب بغير قضاء؛ لأنه بمنزلة بيع جديد في حق الثالث، والغريم ثالثهما، فصار في حق الغريم كأن الوصي باع هذا العبد، وللوصي هذه الولاية، [وليس للغريم نقض هذا الرد؛ لأن هذا الرد في حق الغريم بيع مبتدأ، وليس للغريم نقض بيع الوصي؛ لأن بالبيع لا يفوت حق الغريم، لما ذكرنا أن حق الغريم في مالية العبد، والمالية لا يفوت بالبيع](١)، ويرجع الوصي على البائع، فيأخذ منه نصف الثمن، ويدفعه إلى الغريم الآخر، والوصي هو الذي يلي ذلك؛ لأن هذا الرد اعتبر بيعًا جديدًا في حق الثالث، وقبض الثمن من حقوق العقد، فيكون للعاقد، ولو أن البائع لم يقبل هذا العبد من الوصي حتى خاصمه إلى القاضي، فإن كان القاضي علم بدين غريم الآخر، لا يرده، بل يبيعه، ويقسم الثمن بينهما؛ لأن فيه إبطال حق غريم الآخر؛ لأن الرد بقضاء فسخ من كل وجه، فيبطل البيع، ويعود إلى الأصل، فيسقط الثمن، فلا يصل الغريم إلى شيء، ولا يضمن البائع نقصان العيب، لا قبل بيع القاضي، ولا بعده، أما بيع القاضي فلأن بيع القاضي حصل للميت، فيجعل كأن الميت باع بنفسه، ولو باع الميت بنفسه حال حياته، ثم اطلع على عيب به، ثم يرجع بنقصان العيب، فههنا كذلك، وأما قبل بيع القاضي فلأن امتناع الرد في هذه الصورة، كان لمعنى من جهة المشتري، وهو اكتسابه سبب وجود الدين للغريم الآخر، وامتناع الرد بمعنى من جهة المشتري، وامتناع الرد لا يثبت حق الرجوع بنقصان العيب، وإن لم يعلم القاضي بدين الغريم الآخر، وخاصم الوصي البائع في العيب، رده بالعيب على البائع؛ لأن الموجب للرد قد ظهر، وهو العيب، وفي المانع شك، ويبطل الثمن الذي للبائع على الميت؛ لأن الرد بقضاء القاضي فسخ من كل وجه، ومتى صح الفسخ، والثمن غير مقبوض يبطل عن

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبت هذه العبارة من النسخة "م".

المشتري، ويبرأ المريض عن التدليس. فإن أقام الغريم الآخر بينة على دينه خير البائع المردود عليه إن شاء أمضى الرد، وضمنه الغريم الآخر نصف ثمن العبد، فيصير الثمن بينهما نصفان، وإن شاء نقض الرد، ورد العبد حتى يباع في دينهما؛ لأنه لما ظهر دين الغريم الآخر، تعذر تصحيح هذا الرد من القاضي فسخًا من كل وجه؛ لما فيه من إبطال حق الغريم الآخر، فاعتبر رده بيعًا جديدًا كيلا يبطل هذا الرد، وأمكن اعتباره بيعًا جديدًا لوجود معنى البيع فيه؛ وهو التمليك والتملك.

١٢٢٦٨- ولو أن رجلًا اشترى عبدًا في صحته بألف درهم، وقبض العبد، ولم ينقد الثمن حتى مرض، وعليه دين ألف درهم، فوجد بالعبد عيبًا، فرده بغير قضاء، أو استقال البيع البائع، فأقال، فإن برئ من مرضه، فجميع ما صنع صحيح، وإن لم يبرأ من مرضه، ومات منه، وقيمة العبد مثل الثمن، أو أقل منه، ولا مال له غيره، كان الجواب فيه كالجواب في الوصي إذا رد بغير قضاء، أو أقاله البيع، وقيمة العبد مثل الثمن، أو أقل منه؛ لأن المريض مرض الموت يملك بيع ماله، ولا يملك إيثار بعض الغرماء على البعض، كالوصي، ولو لم يقل البائع البيع حتى خاصم المشتري البائع إلى القاضي في العيب في مرض المشتري، فالقاضي يرد العبد عليه، سواء علم بدين الغريم الآخر، أو لم يعلم، بخلاف مسألة الوصي، فإنه خاصم البائع في العيب إلى القاضي، وعلم القاضي بدين الغريم الآخر، فالقاضي لا يرده.

والفرق، وهو أن المثبت للرد موجود في الحالين، لكن عسى يمنع عمل المثبت والموجب مانع، ففي مسألة المريض المانع وهو حق الغريم موهوم؛ لأن حق الغريم إنما يتعلق بمال المريض إذا كان المرض مرض الموت، ولا يدري في الحال أنه هل يتصل به الموت، أو لا يتصل، وإذا وقع الشك لا يمنع عمل المثبت، أما في فصل الوصي[1] المانع ثبت قطعًا [لأن الوصي إنما يخاصم البائع بعد الموت، وبعد الموت المانع ثابت قطعًا][2]، فجاز أن يمتنع عمل المثبت والموجب، فإن مات المشتري من رده بعد ما رده عليه، فالجواب فيه كالجواب فيه كالجواب في الوصي إذا رده بالعيب بقضاء، ولم يعلم القاضي بدين الغريم الآخر؛ لأنه لما مات ظهر أن المرض مرض الموت من ابتدائه، وظهر أن حق الغريم الآخر كان متعلقًا بماله، حين رده القاضي على البائع، فصار كما لو رده الوصي، فيكون الجواب فيه كالجواب في الوصي، إلا في

(١) في النسختين ف، ز: أما في فصل الوصي.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: ظ، ف.

حصته أو ههنا متى كانت قيمة العبد أكثر من الثمن، فإنه لا يجبر المردود عليه، بل ينقض الرد، ويباع العبد، ويقسم الثمن بينهما كما قلنا.

ولو قال: إنا أمسك العبد، وأزاد بقية القيمة حتى تزول المحاباة، لم يكن له ذلك، وفي الوصي يجبر المردود عليه، والفرق أنه لما مات من مرضه، ظهر أنه ما كان للقاضي ولاية الفسخ، لتعلق حق الغرماء بماله، وإن فسخه، لم يصح، فاعتبر عقداً جديداً، وفيه محاباة، والمحاباة لا تصح من المريض.

١٢٧١٩ - وإن قلت: إذا كان عليه دين مستغرق لتركته، فتعذر تصحيح الرد من هذا الوجه، وتعذر تصحيحه بتبليغ الثمن إلى تمام القيمة؛ لأن الرد بقضاء القاضي فسخ من كل وجه، فلا يصح الفسخ بأكثر من الثمن الأول، وإذ تعذر تصحيح الرد بالطريقين، تعين نقض الرد. فأما الوصي، فيعفى عنه المحاباة اليسيرة، فأمكن تصحيح الرد بمثل الثمن، فلهذا يخير فيه البائع، وهذه المسألة أغرب المسائل، فإنه عفي فيها المحاباة اليسيرة من النائب، ولم يعف من الأصيل وهو المريض.

١٢٧٢٠ - وإذا أمر الرجل رجلاً ببيع عبد له، فباعه الوكيل، وسلمه، وقبض الثمن من المشتري، ولم يقبض حتى وجد المشتري بالعبد عيباً، وخاصم الوكيل في العيب، فقبله الوكيل بغير قضاء، فإن كان ذلك عيباً يحدث مثله من وقت البيع، يلزم الوكيل دون الموكل، ولا يكون للوكيل أن يخاصم الموكل، وإن كان عيباً لا يحدث مثله في تلك المدة، ذكر في بيوع الأصل: أنه يلزم الموكل.

يجب أن يعلم أن الوكيل بالبيع والشراء خصم في الرد بالعيب؛ لأن الرد بالعيب من حقوق العقد، فيرجع إلى العاقد، والوكيل في حق الحقوق كالعاقد لنفسه، وإذا رد عليه بالعيب بعد القبض، فهو على وجهين: إن رد عليه برضاه، والعيب مما يحدث مثله، يلزم الوكيل باتفاق الروايات، ولا يكون له مخاصمة الموكل، كأن الوكيل اشتراه ثانياً من المشتري.

وإن كان عيباً لا يحدث مثله، أو لا يحدث مثله في مدة البيع، ذكر في بيوع "الأصل": أنه يلزم الموكل؛ لأنهما فعلا بأنفسهما عين ما يفعله القاضي؛ لأن الرد متعين في هذا، فيجعل فعلهما كفعل القاضي، وذكر في عامة الروايات أنه يلزم الوكيل؛ لأن الرد بالعيب بعد القبض بالتراضي عقد جديد في حق الثالث، والموكل ثالثهما، وإن كان الرد بقضاء.

فهو على ثلاثة أوجه: إن كان الرد ببينة قامت على الوكيل، لزم الموكل؛ لأن البينة حجة في الناس كافة، فنفذ الرد على الموكل، وإن كان الرد بنكول الوكيل، فكذلك يكون رداً على

معلوماً للعبد يوم اشترى نفسه، لم يرده؛ لأن العبد وكيلاً بالشراء، والوكيل بالشراء إذا اشترى مع العلم بالعيب، يمتنع الرد؛ لأنه أسقط حق الرد، وحق الرد من حقوق العقد، فيكون إلى العاقد [استيفاء، وإسقاطاً، وإن لم يكن العبد عالماً بذلك، فله الرد، والذي يلي الخصومة في ذلك العبد؛ لأنه لم يرض به، ولأنه من حقوق العقد، فيكون إلى العاقد] (١)، وهو العبد، وكان للعبد الرد من غير استطلاع رأي الآمر؛ لأن المشتري وهو العبد في يد نفسه، وهو وكيل بالشراء، والوكيل بالشراء يملك الرد بالعيب من غير استطلاع رأي الموكل ما دام المشتري في يده، على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

١٢٧٤٢ - إذا أمر الرجل غيره أن يشتري عبد فلان بكذا، فاشترى، ونقد الوكيل البائع الثمن، وقبض العبد، واطلع على عيب به، فما دام العبد في يد الوكيل، رده على البائع من غير استطلاع رأي الموكل، فإن كان قد سلم العبد إلى الآمر، لا يرده من غير استطلاع رأي الموكل.

والفرق أن في الرد إبطال العقد الذي هو حق الوكيل، وإبطال الملك الذي هو حق الموكل، فكان الوكيل في الرد أصيلاً من وجه، نائباً من وجه، فلكونه أصيلاً يملك الرد من غير استطلاع رأي الموكل ما دام العبد في يده، ولكونه نائباً لم يملك الرد من غير استطلاع رأي الموكل بعد ما سلمه إلى الموكل، ومتى كان العبد في يد الوكيل، وأراد الوكيل الرد، فادعى البائع رضا الآمر بهذا العيب، فإن قام على ذلك بينة، قبلت بينته، وامتنع الرد، وإن لم يكن له بينة، وأراد استحلاف الوكيل، ليس له ذلك، بخلاف ما إذا ادعى على الوكيل أنك رضيت بالعيب، وأراد استحلاف الوكيل، حيث له ذلك.

والفرق أنه إذا ادعى الرضا على الوكيل، فالوكيل يستحلف بطريق الأصالة، وإذا ادعى الرضا على الموكل، فالوكيل لا يستحلف بطريق الأصالة، وإنما يستحلف بطريق النيابة، والنيابة لا تجري في الاستحلاف، وإذا لم يستحلف الوكيل، ورد الوكيل الجارية على البائع، ثم حضر الموكل، وادعى الرضا، وأراد استرداد الجارية من يد البائع، فله ذلك، ولو كان مكان الوكيل بالشراء وكيلاً بالخصومة في العيب، فادعى البائع أن المشتري رضي بهذا العيب، فالوكيل لا يملك رده حتى يحضر الموكل، ويحلف - والله أعلم -.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من [illegible]

نوع آخر منه:

١٢٧٢٣ - اشترى من آخر عبداً، وقبضه، وباعه من رجل آخر، ثم إن المشتري الآخر وجد به عيباً، ورده على المشتري الأول، فهذا على وجهين: الأول: أن يكون الرد منه قبل القبض، وفي هذا الوجه للمشتري الأول أن يرده على البائع الأول، سواء كان الرد بقضاء أو بغير قضاء؛ لأن الرد قبل القبض فسخ للعقد من الأصل في حق الناس كافة، وإذا كان بغير قضاء؛ لأنه تصرف وقع، والامتناع من القبض، وولاية الرجوع[1] عامة، فظهر أثره في حق الكل، ولهذا لم يتوقف على قضاء القاضي، وهذا المعنى يعم العقار[2] والمنقول جميعاً.

ومعنى آخر يخص المنقول: أن الرد بالعيب قبل القبض لا يمكن أن يعتبر بيعاً جديداً أصلاً؛ لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز، فجعلناه فسخاً في حق الكل، فصار كأنه لم يبع، فعلى هذا التعليل لا يرد العقار عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه؛ لأن بيع العقار قبل القبض جائز عنده، فأمكن أن يعتبر بيعاً جديداً في حق البائع الأول.

وهذا فصل اختلف فيه المشايخ رحمهم الله تعالى، واختلفت فيه الروايات: أن الرد بالعيب قبل القبض بغير قضاء في العقار، وهل يعتبر بيعاً جديداً في حق البائع الأول بيعاً جديداً في حق الثالث. ذكر في كتاب الشفعة أنه لا يعتبر، قال شيخ الإسلام: ما ذكر في كتاب الشفعة قول محمد رحمه الله تعالى، فإن بيع العقار قبل القبض عنده، لا يجوز، أما على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه يعتبر بيعاً جديداً؛ لأن عنده بيع العقار قبل القبض جائز، وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى، قالوا: ما ذكر في الشفعة قول الكل، فيتأمل عند الفتوى،

وإن كان الرد من المشتري الثاني بعد القبض، إن كان الرد برضا المشتري الآخر من غير قضاء، فالمشتري الأول، لا يرده على بائعه؛ لأن الرد بالعيب بالتراضي فسخ في حق المتعاقدين عملاً باللفظ، وعقد جديد في حق الثالث عملاً بالمعنى، وهو التمليك، والتملك بالتراضي، والبائع الأول ثالثهما، فصار في حق البائع الأول كأن المشتري الأول اشتراه ثانياً. فلا يكون له حق الخصومة مع بائعه، لا في الرد، ولا في الرجوع بنقصان العيب.

١٢٧٢٤ - وفي «القدوري» عن محمد رحمه الله تعالى: فيمن اشترى ديناراً بدراهم، وقبض الدينار، وباعه من الثالث، ثم وجد المشتري الآخر به عيباً، فرده على الأوسط بغير

(١) وفي ب و م: للبيع

(٢) هكذا في النسختين: ب و ف، وكان في الأصل و م: العقد

قضاء كان للأوسط أن يرده على الأول، ولا يشبه هذا المروض، وقد مرت المسألة من قبل.
وهذا إذا كان عيباً يحدث مثله، فأما إذا كان عيباً لا يحدث مثله، ففي رواية البيوع، والإقرار يرد على بائعه، وعلى رواية الجامعين، والمأذون، والوكالة لا يرد على بائعه.

وإن كان الرد بقضاء قاض، فهو على ثلاثة أوجه: فإن كان الرد بالبينة، كان للمشتري الأول أن يرد على بائعه إذا ثبت أن العيب كان عند بائعه؛ لأن الرد بالبينة فسخ في حقهما، وفي حق الثالث، إذ ليس فيه معنى البيع، وهو التمليك، والتملك بالتراضي، فصار كأنه لم يبع، وإن حصل الرد بنكوله، أو بإقراره بقضاء القاضي، بأن أقر بالعيب أولاً، ثم أبى القبول، فكذلك الجواب عند علمائنا رحمهم الله تعالى يرده على البائع الأول؛ لأن هذا فسخ حصل بقضاء القاضي بغير رضى المشتري الأول، فيكون فسخاً في حق الكل، كما لو حصل الرد بالبينة، وإنما قلنا: حصل بغير رضى المشتري الأول إما نصاً فظاهر، وإما دلالة، فلأن الرضى بالفسخ بطريق الدلالة لو ثبت ثبت من حيث إنه باشر سبب الفسخ بالنكول، أو بالإقرار بالعيب، والنكول أو الإقرار بالعيب ليس بسبب الفسخ، فإن الفسخ لا يوجد بهما، وإنه يوجد بقضاء قاض آخر عن اختيار، وحكم الشيء ما ثبت به من غير أن يتخلل بين السبب وبين الحكم فعل فاعل مختار أكثر ما في الباب أن القاضي مضطر في هذا، وهذا الاضطرار إنما جاء من جهة المشتري الأول بإقراره، أو بنكوله، فيكون بمعنى المكره من جهته، وفعل المكره ينتقل إلى المكره، فيصير كأن المشتري الأول باشر الفسخ بنفسه، إلا أنا نقول: فعل المكره إنما ينتقل إلى المكره حيث يصلح آلة للمكره، كما في القتل والإتلاف، وأما فيما لا يصلح آلة للمكره فعل المكره لا ينتقل إليه، ألا ترى أن في حق الإثم في الإكراه على القتل لا يصير فعل المكره منتقلاً إلى المكره؛ لأنه في حق الإثم لا يصلح آلة له، وأما القاضي لا يصلح آلة للمشتري الأول في حق القضاء بالفسخ؛ لأن القضاء بالفسخ يكون بالكلام، والإنسان لا يصلح آلة لغيره في الكلام، إذ لا يتصور أن يصير الشخص الواحد متكلماً بكلام غيره.

قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: هذا الجواب الذي ذكر في فصل البينة والنكول مستقيم إذا لم يجحد المشتري الأول أن هذا العيب كان عنده، بل سكت، فإن البينة على الساكت مسموعة، والساكت يستحلف أيضاً، فأما إذا جحد الأول أن هذا العيب كان عنده، ورد عليه بالنكول، أو بالبينة، فعلى قول محمد رحمه الله تعالى ليس له أن يخاصم البائع الأول مكان التناقض، وعلى قياس قول أبي يوسف رحمه الله تعالى له ذلك؛ لأن القاضي لما قضى عليه بالرد، فقد أبطل جحوده، والتحق بالعدم، وعامتهم على أن الجواب في فصل

الإقرار هكذا إن سبق منه من الجحود نصاً، بأن قال: بعته وما به هذا العيب، وإنما حدث عندك، ثم أقر به بعد ذلك، وأبى القبول، فرد عليه القاضي، لا يكون له مخاصمة بائعه عند محمد رحمه الله تعالى؛ لأنه حصل مقراً لبائعه بسلامة العبد عن العيب [حين قال للمشتري الثاني: لم يكن به هذا العيب حين بعته منك، لو بطل إقراره للبائع الأول بسلامة المبيع عن هذا العيب](1) إنما يبطل بإقراره الثاني بعد ذلك، ولا يقدر المقر له على بطلان إقراره الأول بإقرار يكون منه بعد ذلك، فبقي إقراره للبائع الأول بسلامة المبيع عن هذا العيب عند البائع الأول، فلا يصح منه دعوى كون السلعة معيبة عند البائع الأول بعد ذلك لمكان التناقض.

١٢٧٢٥ - وذكر في "المنتقى": إذا اشترى عبداً وقبضه، وأراد أن يرد على بائعه بالعيب، فقال البائع: هذا العيب حدث عندك، واستحلف القاضي البائع، فأبى أن يحلف فرده عليه، قال: له أن يرده على بائعه أي له أن يخاصم بائعه فيه، ولو لم يأب اليمين، ولكن أقر بالعيب، فرد عليه بإقراره لم يكن له أن يخاصم بائعه، فقد ذكر المسألة مطلقاً من غير تفصيل.

وفي "نوادر هشام": عن محمد رحمه الله تعالى: في رجل اشترى من آخر داراً، وقبضها، ثم ردها بعيب بغير قضاء، قال: كان أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه يقول مرة: كل شيء لو رفع إلى القاضي قضى به، ففعله هذا دون القاضي، فهو على حقه مع بائعه الأول، ولو وهبها وسلمها، ثم رجع في الهبة بقضاء، أو بغير قضاء، فله أن يردها على بائعه بناء على أن الرجوع في الهبة فسخ من كل وجه، سواء كان بقضاء أو بغير قضاء، وفيه كلمات كثيرة فقد ذكرناها في كتاب الهبة من هذا الكتاب.

قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع الصغير": رجل اشترى من آخر جارية وباعها من غيره، فظهر بها عيب عند المشتري الآخر لا يحدث مثله، فجاء بها إلى المشتري الأول، وأراد الرد عليه، فقال المشتري الأول: بعتها، وما كان بها هذا العيب، وإنما حدث عندك، وأقام المشتري الآخر بينة أن هذا العيب كان بها عند البائع الأول، فردها القاضي على المشتري الأول، فللأول أن يردها بذلك العيب على البائع الأول عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وقال محمد: لا يرد.

ووجه قول محمد رحمه الله تعالى: إن المشتري الأول لما ادعى حدوث العيب عند المشتري الثاني، فقد أنكر قيامه عنده، وأقر أنه لم يكن عند البائع الأول، ونقض القاضي صار

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وما أثبتناه من م و ت.

مكذبًا في إنكاره، لا في إقراره؛ لأنه شرط جواز القضاء بالرد على المشتري الأول قيام العيب عنده، لا قيام العيب عند بائعه، فبقي حكم إقراره، فلا يكون له أن يخاصم بائعه.

ولهما أن المشتري الأول صار مكذبًا شرعًا فيما زعم بقضاء القاضي عليه بالرد، والتحق زعمه بالعدم، نظيره مسألة الشفعة، فإن المشتري إذا أقر بالشراء بألف، والدار في يديه، وأقام البائع بينة على البيع بألفين، فالشفيع يأخذ من المشتري بألفين، وإن زعم المشتري أن حقه في الألف، ولكن لما صار مكذبًا شرعًا بقضاء القاضي التحق زعمه بالعدم، وما يقول: بأنه صار مكذبًا فيما أنكر لا فيما أقر.

قلنا: الإقرار بعدم العيب عند البائع الأول لم يوجد نصًا، وإنما ثبت في ضمن دعوى الحدوث في يد المشتري الثاني، وإذا صار مكذبًا في المتضمن بطل المتضمن ضرورة، وهذا إذا أقام المشتري الآخر بينة على أن هذا العيب كان عند البائع الأول.

فأما إذا أقام بينة أن هذا العيب كان عند المشتري الأول، لم يذكر هذا الفصل في "الجامع"، وإنما ذكر في إقرار "الأصل"، وقال: ليس للمشتري الأول مخاصمة بائعه بالإجماع، ووجه ذلك أن المشتري الأول لم يصر مكذبًا فيما أقر من كون الجارية سليمة وقت شراء، عند البائع الأول؛ لأن المقر الأول إنما يصير مكذبًا في إقراره إذا قضى القاضي بالبينة عليه، بخلاف ما أقر به [وهنا القاضي لم يقض على المشتري الأول بخلاف ما أقر به](١)؛ لأن المشتري الأول أقر بكونها سليمة وقت شرائه إياها عند البائع الأول، والقاضي قضى بكونها معيبة وقت بيع المشتري الأول من المشتري الثاني؛ لأن القاضي قضى بالرد على المشتري الأول، وشرطه كونها معيبة عند المشتري الأول، لا عند البائع الأول مكذبًا في إقراره بكونها غير معيبة عند البائع الأول، فلهذا لا يكون له حق مخاصمة البائع الأول. فقود هذا التعليل أن لا يكون للمشتري الأول حق مخاصمة بائعه في المسألة الأولى بالإجماع، وقود ما ذكر من العلة لهما في المسألة الأولى أن يكون للمشتري الأول حق مخاصمة بائعه عندهما في هذه المسألة أيضًا.

١٢٧٢٦- وفي "المنتقى": اشترى من آخر دارًا، وسلمها إلى إنسان، ثم افترقا قبل القبض، ثم رأى المشتري بالدار عيبًا، فله أن يردها على بائعها، وإن لم يتفرقا حتى تناقضا

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من ف، ب، ط.

المسلم، فليس له أن يرجع على بائعها، وهذا الجواب[1] أن يكون على قول محمد رحمه الله تعالى؛ لأن بيع العقار قبل القبض عنده لا يجوز، فلا يمكن أن يجعل هذه المناقضة بيعًا جديدًا في حق البائع الأول، وقد ذكرنا جنس هذا في أول الفصل - والله أعلم -

نوع آخر منه:

١٢٧٢٧ - قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع": رجل اشترى من آخر عبدًا بألف درهم، وقبضه، ثم باعه من آخر بمائة دينار، وتقابضا، ثم إن المشتري الآخر لقي بائعه، وزاد في الثمن خمسين دينارًا حتى صحت الزيادة، ودفع المشتري الزيادة إلى البائع، ثم وجد المشتري الثاني بالعبد عيبًا، فرده على البائع بقضاء قاض، استرد الثمن والزيادة جميعًا، وكان للمشتري الآخر أن يرده على بائعه؛ لأن المبيع عاد إلى قديم ملكه، ولو كان المشتري الآخر لم يزد في الثمن شيئًا، ولكنهما انتقضا، فجدد العقد بينهما بألفي درهم، صح، وانتقض البيع الأول بطريق الانتقاض، كأنهما تقايلا، ثم تعاقدا، فإن وجد المشتري الآخر بالعبد عيبًا، فرده لم يكن لبائعه أن يرده على بائعه الأول؛ لأن ببيعه الرد لا يعود إلى قديم ملكه بالعقد الأول، لما عرف أن الإقالة عقد جديد في حق الثالث، والبائع الأول ثالثهما، فصار في حق البائع الأول كأن المشتري الأول اشتراه ثانيًا من المشتري الآخر، فلم يعد إلى المشتري الأول بالرد بالعيب الملك المستفاد من جهة البائع الأول، بخلاف الزيادة؛ لأنها لا توجب فسخ العقد الأول على أصح الأقوال؛ لأن الزيادة تصرف في وصف العقد، والتصرف في وصف البيع تقرير لأصله، فعاد إلى المشتري الأول بالرد عليه قديم ملكه، أما ههنا بخلافه.

ولو كان المشتري الثاني زاد في الثمن عرضًا بعينه، ثم وجد بالعبد عيبًا، ورده على المشتري الأول بقضاء، رده المشتري الأول على البائع الأول، لما مر، وإن لم يجد المشتري الثاني بالعبد عيبًا، لكنه هلك العرض قبل أن يقبض البائع الثاني، وقيمة العرض خمسون دينارًا، فإنه ينتقض العقد في ثلث العبد، ويعود ذلك الثلث إلى البائع الثاني؛ لأن الزيادة إذا صحت، التحقت بأصل العقد، ويصير كأن المشتري الثاني اشتراه بمائة دينار، وعرض قيمته خمسون دينارًا، فإن وجد المشتري بعد ذلك بالعبد عيبًا، ورد الثلثين الباقيين على البائع الثاني بقضاء، فإن للبائع الثاني أن يرد العبد على البائع الأول بذلك العيب؛ لأنه عاد إلى البائع الثاني ملكه الذي استفاده من جهة البائع الأول؛ لأن في الثلث انتقض العقد بهلاك أحد

---

(١) هكذا في م، وفي بقية النسخ: وهذا يجب... إلخ.

وإذا لم يكن مضطراً في فسخ البيع[1]، فاعتبر هذه المساعدة منه بيعاً جديداً في حق الثالث، فلا يكون له مخاصمة البائع الأول، وإن صدقه المشتري الآخر في الشراء.

وقال[2]: إن البيع بينهما كان تلجئة وسمعة، فرده على المشتري الأول، ثم وجد المشتري بالعبد عيباً كان عند بائعه، كان له أن يرده على بائعه؛ لأن البيع بينهما إنما يظهر بإقرارهما، وإنما يثبت على الوجه الذي أقرا به، وقد أقر أنه تلجئة، فيثبت كذلك، والبيع تلجئة لا يزيل المبيع عن ملك البائع، فيبقى ملك المشتري المستفاد من جهة بائعه على حاله، فلا يمتنع الرد، وكذلك إن اتفقا على أنهما كانا بالخيار في هذا البيع، أو على أن فلاناً منهما بعينه قد كان بالخيار، فرده صاحب الخيار رده المشتري الأول على بائعه، وكذلك لو اتفقا على أن المشتري الثاني لم يره، ورده بخيار الرؤية، فللمشتري الأول أن يرده على بائعه؛ لأن الرد بخيار الشرط، وبخيار الرؤية فسخ للعقد من الأصل في حق الناس كافة، وكذلك إن اتفقا أن البيع الثاني كان بألف درهم إلى العطاء، فرد البائع الثاني، فللمشتري الأول أن يرده على بائعه؛ لأن البيع إلى العطاء بيع فاسد، والرد بفساد السبب فسخ في حق الناس كافة، ولو تصادق المشتري الأول والثاني على جواز بيع بات بينهما، ثم خير أحدهما صاحبه ثلاثة أيام ولياليها جاز، وقد مر هذا في فصل الخيار، ولو أن من شرط الخيار في هذه الصورة نقض البيع لم يكن للمشتري الأول أن يرده على بائعه بحكم العيب؛ لأن البيع في الأصل لما وقع باتاً تعلق به حق البائع الأول، وهو انقطاع حق المشتري الأول في الرد، فهما في إثبات الخيار وتحصيل الفسخ يريدان إبطال ذلك الحق على البائع الأول، وليس لهما هذه الولاية، ولو لم يخير أحدهما صاحبه بالفسخ وجد المشتري بالعبد عيباً، ورده على المشتري الأول، فأراد المشتري الأول أن يرده على البائع الأول، وقد ذكرنا هذا الفصل بتمامه قبل هذا.

ولو أن المشتري الأول مع المشتري الثاني أقرا بالبيع الثاني عند القاضي، ثم جحدا البيع، وأنكرا أن يكونا أقرا عنده بشيء، جعل القاضي جحودهما فسخاً للعقد؛ لأن الجحود جعل كناية فسخاً شرعاً عن الفسخ، فإن أراد المشتري الأول الرد على بائعه بعد ذلك لم يكن له ذلك؛ لأن البيع قد ثبت عند القاضي بإقرارهما، وجحودهما جعل نقضاً باختيارهما، فكان بمنزلة الإقالة بينهما حتى لو أراد المشتري الآخر إمساك العبد بعد ذلك ليس له ذلك، وكذلك لو

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من م.

(٢) هكذا في الأصل و ظ، وكان في النسختين: م و ف: وتصادقا بدلاً من وقال.

الفصل الخامس عشر
في بيع المرابحة والتولية والوضيعة

المرابحة بيع بمثل الثمن الأول وزيادة، والتولية بيع بمثل الثمن الأول من غير زيادة، والوضيعة بمثل الثمن مع نقصان معلوم، وذلك جائز؛ لأن المبيع معلوم والثمن معلوم. ولأن الناس تعاملوا ذلك كله من غير نكير منكر، وتعامل الناس حجة يترك بها القياس، ويخص به الأثر.

١٢٧٢٩ - قال محمد رحمه الله تعالى: إذا اشترى شيئاً فباعه مرابحة، فإن كان البدل في العقد الأول من ذوات الأمثال جاز بيعه مرابحة، سواء جعل الربح من جنس رأس المال أو من غيره إذا كان معلوماً يجوز الشراء به؛ لأن الربح جزء من أجزاء الثمن، والثمن كما يجوز أن يكون من جنس واحد يجوز أن يكون من جنسين، ولكن شرطه أن يكون معلوماً يجوز به الشراء. وإن لم يكن البدل في العقد الأول من ذوات الأمثال فباعه مرابحة ممن لا يملك ذلك البدل، فالبيع باطل؛ لأن الثمن في بيع المرابحة مثل الثمن الأول وزيادة ربح، فإذا لم يكن الثمن من ذوات الأمثال، والمشتري لا يملك عين ذلك الثمن لو انعقد العقد ينعقد بقيمة ذلك الثمن، وهي مجهولة لا تعرف إلا بالحزر والظن، وجهالة الثمن تمنع جواز العقد، وإن كان يملكه، فهو على وجهين: إن باعه بربح درهم، أو شيء موصوف جاز العقد؛ لأنه يقدر على تسليم ما التزم، وإن باعه بربح ده يازده، فالبيع باطل؛ لأنه جعل الربح من جنس رأس المال، فإنه جعل الربح مثل عشر الثمن، وعشر الشيء يكون من جنسه، فإذا لم يكن الثمن من ذوات الأمثال، يصير العقد منعقداً بالثمن الأول، وبعض قيمته، وهذا لا يجوز. ولو اشترى ثوباً بعشرة، وأعطى بها ديناراً أو ثوباً، فرأس المال العشرة، حتى لو باعه مرابحة لزم المشتري الثاني عشرة، لا ما نقد المشتري الأول؛ لأن الثمن ما ملك بالعقد، والمملوك بالعقد الأول العشرة دون الثوب والدينار.

١٢٧٣٠ - ولو اشترى ثوباً بعشرة خلاف نقد البلد، فباعه بربح درهم، فالعشرة مثل ما نقد، والربح من نقد البلد؛ لأن رأس المال يجب أن يكون مثل الأول، فلا يتغير(١) بنقد البلد، أما الربح، فدرهم ذكره مطلقاً، ومطلق اسم الدرهم ينصرف إلى نقد البلد، ولو نسب الربح

(١) في الأصل و م: «فلا يتعين».

إلى رأس المال[1]، فقال: أبيعك بربح ده يازده، فالربح من جنس الثمن؛ لأنه جعل الربح جزء الثمن حيث جعله مثل عشرة، وكان على صفة ضرورة.

١٢٧٣١ - في «المنتقى»: باع من رجل متاعاً مرابحة، وأخبره أن رأس المال مائة دينار، فلما أراد أن يدفع بالثمن قال: اشتريت بمائة دينار شامية، والبيع ببغداد قال: ليس له إلا نقد بغداد، وإن أقام البينة أن رأس ماله مائة دينار شامية قبلت بينته، ويكون المشتري بالخيار فيه، رواه ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى.

١٢٧٣٢ - بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى متاعاً بنيسابور، فقدم بلخ، ولم يبين أنه اشتراه بنقد نيسابور، فقال ببلخ: قام علي هذا المتاع بكذا، فأبيعه بربح مائة درهم، أو بربح ده دوازده، فإن الربح ورأس المال نقد بلخ، إلا أن يصدقه المشتري أنه نقد نيسابور، أو يقوم بينة، وإذا كان نقد نيسابور دون نقد بلخ في الوزن والجودة، فقال: قام علي بكذا، ولم يبين أنه نقد نيسابور، وكان رأس المال والربح على نقد نيسابور، وإذا كان نقد نيسابور أكثر وزناً وأجود من نقد بلخ، ولا يعلم المشتري بذلك، فاشتراه على أنه نقد نيسابور، وهو ببلخ، ثم علم أن نقد نيسابور أكثر وزناً، وأجود من نقد بلخ، فللمشتري الخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه.

وإذا خان[2] البائع في رأس المال في بيع المرابحة والتولية، قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: يحط بقدر الخيانة في التولية [ويتخير في المرابحة إن شاء أخذ بجميع المذكور، وإن شاء ترك.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يحط الخيانة في التولية][3]، وفي المرابحة يحط الخيانة، وحصتها من الربح، وقال محمد رحمه الله تعالى: يثبت له الخيار في الموضعين إن شاء أخذ بجميع الثمن، وإن شاء ترك، وجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: إن العقد الثاني في المرابحة والتولية في حق الثمن، بناء على الأول وقدر الخيانة لم يكن ثمناً في العقد الأول، فلا يمكن إثباته في العقد الثاني، وإذا سقط قدر الخيانة سقط حصته من الربح في بيع المرابحة ضرورة، وجه قول محمد رحمه الله تعالى: إنهما كانا باشرا عقداً باختيارهما بثمن سماه،

(١) وفي «م»: ولو نسب الربح إلى قدر رأس المال.

(٢) هكذا في «م»، وكان في الأصل والنسختين: «ط» و«ف»: اختار مكان خان.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط وم وف.

فينعقد بجميع ذلك الثمن كما لو باعه مساومة، وهذا؛ لأن إنعقاد السبب الثاني يعتمد التراضي منهما، ولا يتم رضى المشتري الأول إذا لم يجب له جميع الثمن المسمى إلا أنه دلس على المشتري الثاني، والتدليس يثبت الخيار للمشتري كتدليس العيب، ولأبي حنيفة رضي الله عنه في الفرق بين المرابحة والتولية أن في إثبات الخيانة في التولية تغير العقد عن وضع ما صرحا به؛ لأنهما صرحا بالتولية، ومع الخيانة هو مرابحة، وفي المرابحة لا يكون تغيير للعقد؛ لأنهما صرحا بالمرابحة إلا أن الربح أكثر مما ظنه المشتري، غير أن البائع دلس على المشتري بتسمية بعض الربح رأس المال، والتدليس يثبت الخيار، ولو هلك المبيع، أو حدث به ما يمنع الفسخ عند ظهور الخيانة سقط خياره، ولا شيء له في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وهو المشهور من قول محمد رحمه الله تعالى؛ لأنه تعذر الرد بما حدث به من الهلاك، أو غيره، وتعذر الرد يسقط الخيار، كما في خيار الرؤية وخيار الشرط.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: أن المشتري يرد قيمة المبيع، ويرجع على البائع [بالثمن، وكان الفقيه أبو جعفر يختار للفتوى أن يقوم المشتري بثمن حال، وبثمن مؤجل، فيرجع بنقصان ما بينهما][1]، وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن باعه مرابحة بما بقي بعد الحط، وكذلك لو حط عنه بعد ما باع، حط ذلك من المشتري الثاني مع حصته من الربح، وكان ولاية حط ذلك عن المشتري الآخر، ولو زاد المشتري البائع في الثمن زيادة باعه مرابحة على الأصل والزيادة جميعاً، وهذا مذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى بناء على أن الزيادة في الثمن والحط عنه ملتحق بأصل العقد، ويجعل كأن العقد ورد ابتداء على هذا القدر، وقد مرت المسألة من قبل، قول محمد في الكتاب لو حط عنه بعد ما باع، حط ذلك عن المشتري الثاني مع حصته من الربح، إشارة إلى أنه لا يحط ذلك عن المشتري الآخر بنفس الحط عن الأول ما لم يحط عنه.

وهذا فصل قد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، منهم من قال: لا ينحط ذلك عن المشتري الآخر ما لم يحط، ومنهم من قال: ينحط عنه بنفس الحط عن الأول.

١٢٧٣٣ - ولو اشترى ثوباً، ولم ينقد ثمنه، ثم باعه مرابحة؛ جاز، فإن أخر الثمن عنه شهراً بعد ذلك، لم يلزمه أن يؤخر عن المشتري الثاني، ولا يشبه هذا الحط.

١٢٧٣٤ - ولو اشترى ثوباً بعشرة، فباعه مرابحة باثني عشر، ثم اشتراه ثانياً بعشرة باعه

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

مرابحة على العشرة في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يبيعه مرابحة على عشرة؛ لأن الشراء الثاني شراء جديد، فيبنى عليه بيع المرابحة، كما لو باعه المشتري من ثالث، ثم إن البائع اشترى من ذلك الثالث، ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه لما باعه أولاً وربح، كان الربح على شرف السقوط، بأن يرده بالعيب، أو يبطل العقد بسبب من الأسباب، فلما اشتراه منه بعد ذلك، تأكد الربح، وللتأكيد إثبات من وجه، فصار كأنه اشترى الربح والثوب بذلك الثمن، فيطرح مقدار الربح من الثمن بمقابلته، ويبقى الباقي بمقابلة الثوب، فيبيعه مرابحة على ذلك القدر احتياطاً؛ لأن باب المرابحة يحتاط فيه؛ لأنه من باب الربا، فيلحق الشبهة فيه بالحقيقة، وعلى هذا عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لو اشتراه بعشرة، وباعه بعشرين، ثم اشتراه بعشرة، لا يبيعه مرابحة أصلاً - والله أعلم -

نوع آخر فيما يحدث بالسلعة مما يجب أن يبين وما لا يجب:

١٢٧٣٥ - وإذا حدث عيب في يد البائع بالمبيع، أو في يد المشتري، بآفة سماوية، أو بعمل المبيع، فله أن يبيعه بجميع الثمن من غير بيان عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى؛ لأن جميع ما يقابله الثمن قائم؛ لأن الفائت وصف، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجردها من غير صنع أحد، ومعنى أداء الأمانة بالصدق، وهو صادق إذا بقي جميع ما يقابله الثمن، ولو كان الحادث من فعله، أو فعل أجنبي، لم يبعه مرابحة حتى يبين، أما إذا حدث بفعله، فلأنه حبس جزءاً من المبيع بجنايته، والأوصاف إذا صارت مقصودة بالتناول، صار لها حصة من الثمن، ألا ترى أن البائع إذا أتلف شيئاً من أوصاف المعقود عليه، يسقط حصته من الثمن، وأما إذا حدث بفعل أجنبي، فلأن جناية الأجنبي موجبة للضمان عليه، فيكون المشتري حابساً بدل جزء المعقود عليه، وذلك يمنعه من بيع المرابحة حتى يبين.

١٢٧٣٦ - وفي المنتقى: اشترى عبداً وقبضه، ثم وجده أعور، أو أعمى، لم يبعه مرابحة، وكل ما ينقصه مما يحدث به من العيب عنده بقدر ما لا يتغابن الناس في مثله، لم يبعه مرابحة، وكذلك إذا وجد بالبيت، وكذلك إذا حدث من المبيع نماء، وهو ثابت في بدنه، كالثمر، والولد، والصوف، أو هلك بنفسه، أو بفعل أجنبي، لم يبعه مرابحة حتى يبين، أما قبل الهلاك فلأن المتولد من نفس المبيع له حكم المبيع أصلاً، ولهذا يمنع الرد بالعيب، ولو باع

الأمر مرابحة من غير بيان، صار صاحبه ممتنعاً من البيع](١)، وفي ذلك نوع خيانة، ولو أنه إذا عيب بفعله، أو بفعل أجنبي، فلا أمر، ولو عيب بآفة سماوية، جاز له أن يبيعه مرابحة من غير بيان، وإن استغل الدار والأرض، جاز له أن يبيعه مرابحة من غير بيان؛ لأن الغلة ليست متولدة من العين، وبهما لا يمنع استيفاؤها الرد بالعيب، فلا يكون حابساً شيئاً من المعقود عليه باعتبارها، ولأن الغلة بدل المنفعة، واستيفاء المنفعة لا يمنع من بيعها مرابحة، وهذا لأنه أنفق عليها بإزاء ما نال من المنفعة، فإذا كان مستفاداً عن المنفعة لا يمنع من بيعه مرابحة، فكذا المستفاد بدل المنفعة.

١٢٧٣٧- قال: ولو اشترى جارية ثيباً فوطئها، جاز له أن يبيعها مرابحة، وإن كانت بكراً، لم يبعها مرابحة حتى يبين، والفرق هو أن المستوفى بوطء الثيب لا يقابله شيء من الثمن؛ لأنه ليس بمال، فصار بمنزلة الاستخدام، وإن ألحق ذلك بفوت جزء من عين الملك، بخلاف ما إذا كانت بكراً؛ لأن العذرة جزء هو مال، ويقابلها شيء من الثمن، فصار زوالها بمنزلة الجرح.

١٢٧٣٨- قال: ولو اشترى شيئاً نسيئة، لم يبعه مرابحة حتى يبين؛ لأن الأجل يشبه كونه مبيعاً، فإنه يزاد في الثمن لأجله، وأطلق بيعه مرابحة، صار كأنه اشترى شيئين، ثم أراد أن يبيع أحدهما مرابحة على كل الثمن، وذلك لا يجوز من غير بيان، فههنا كذلك، وهذا في الأجل المشروط، فإن لم يكن الأجل مشروطاً، إلا أنه منجم معهود(٢) فيما بين التجار، بأن يبيع الشيء من إنسان، ولا يطالبه بالثمن جملة، بل يأخذ منه منجماً في كل شهر، أو في كل عشرة أيام، هل عليه أن يبين ذلك في بيع المرابحة؟ أكثر المشايخ أنه ليس عليه ذلك، وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يبيعه مرابحة حتى يبين ذلك كله، وبه أخذ بعض المشايخ رحمهم الله تعالى.

ثم في الأجل المشروط إذا باعه من غير بيان، وعلم به المشتري، فله الخيار، إن شاء رضي به، وإن شاء رده، ذكر المسألة في «الأصل».

١٢٧٣٩- وفي «الجامع الصغير»: وتصير هذه المسألة رواية فيمن اشترى شيئاً، وصار مغبوناً فيه غبناً فاحشاً، أن له أن يرده على البائع بحكم الغبن، وإليه أشار محمد رحمه الله

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من م.

(٢) وفي م: مرسوم، وفي النسخة ف: موسوم.

تعالى في كتاب الصلح في باب الصلح عن العيوب، وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي يحكي عن أستاذه يقول: في المسألة روايتان عن أصحابنا رحمهم الله تعالى، وكان يفتي برواية الرد رفقاً بالناس، وكان القاضي الإمام صدر الإسلام أبو اليسر، والقاضي الإمام ركن الإسلام أبوبكر الزرنجري، والقاضي الإمام جمال الدين الزيغشمروني جدي رحمهم الله تعالى يفتون أن البائع إن قال للمشتري: قيمة متاعي كذا، أو قال: متاعي يساوي كذا، فاشترى بناء على ذلك، ثم ظهر بخلافه، أن له الرد بحكم التغرير، وأما إذا لم يقل ذلك، فليس له الرد، وغيرهم كانوا لا يفتون بالرد على كل حال، والصحيح أن يفتي بالرد إذا وجد التغرير، وبدونه لا يفتي بالرد[1].

١٢٧٤٠ - قال: ولو اشترى من إنسان بدين عليه، كان له أن يبيعه مرابحة على قدر الدين، ولو صالحه من الدين على ثوب، لم يجز له أن يبيعه مرابحة حتى يبين. والفرق وهو أن مبنى الصلح على الحط، والتجوز بدون الحق، والمشتري الثاني اعتمد مماكسة الأول، فإذا ترك الأول المماكسة في عقد الصلح، كان في بيعه مرابحة من غير بيان نوع خيانة، فلا يفعل، فأما الشراء فمبناه على المماكسة، وكان الشراء بالدين والثمن النقد سواء، فجاز له أن يبيعه مرابحة من غير بيان.

وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في قصل الصلح: أنه إذا زاد في ثمنه أكثر مما لا يتغابن الناس فيه، فإنه لا يبيعه مرابحة حتى يبين، وإن كان أخذه بقيمته، أو بنحو ذلك، باعه مرابحة من غير بيان [وسيأتي من جنس مسألة الشراء بعد هذا إن شاء الله تعالى][2]، قال: وقال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: إذا اشترى من لا تجوز شهادته له، لم يجز له أن يبيعه مرابحة حتى يبين، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: له أن يبيعه مرابحة.

١٢٧٤١ - ولو اشترى من عبده، أو مكاتبه، لم يجز بيعه مرابحة بالاتفاق حتى يبين، فوجه قولهما: إنه ليس لأحدهما في مال صاحبه ملك، ولا حق ملك، وكانا في ذلك بمنزلة الأخوين، بخلاف العبد والمكاتب، لأن كسب العبد لمولاه، وما حصل للمكاتب من وجه كان لمولاه، وكان الشراء عدماً من ذلك الوجه، بخلاف ما نحن فيه، ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه إنما يحصله المرء لهؤلاء بمنزلة ما يحصله لنفسه من وجه، ولهذا لا تقبل شهادته لهؤلاء.

---

(١) وفي "م": لا يفتي بالرد في القدوري.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

فباعتبار هذا الوجه صاروا في حقه بمنزلة العبد والمكاتب ؛ ولأن مسامحة بعض هؤلاء مع البعض في المعاملة أمرٌ ظاهر، فيثبت معنى الخيانة بترك البيان.

١٢٧٤٢ - وفي المنتقى : إذا اشترى الرجل عبدًا بغلاء، والزيادة مما لا يتغابن الناس في مثله، فله أن يبيعه مرابحة، ولا يبين، وإذا جاوزت الزيادة ذلك، والمشتري يعلم، لا يبيعه مرابحة ما لم يبين، وإن كان لا يعلم وسعه أن يبيعه، ولا يبين، قال: وإذا كانت الزيادة في الأمر البيّن الذي لا يحتاج الناس إلى تبيين فيه للمحاباة، فليس عليه أن يبين، نحو أن يشتري فلسًا بدرهم، فهذا معروف فيما بين الناس أن الفلس لا يباع بدرهم، فإن باع هذا، ولم يبينه، وسعه، إلا أن يشتريه منه من يجهل ذلك، فإن كان كذلك لم يبعه حتى يبين، كما يبين في النسيئة.

١٢٧٤٣ - وفيه أيضًا: وهب لرجل ثوبًا على عوض اشترطه، وتقابضا، فليس له أن يبيعه مرابحة في قياس قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وهذا مثل الصلح، وأما في قياس قول أبي يوسف رحمه الله تعالى إن كان العوض مثل قيمة الهبة، فلا بأس بأن يقول: قام علي بكذا، ولا يقول: اشتريته بكذا، وكذلك إن حط عن العوض ما يتغابن الناس فيه، وإن حط أكثر من ذلك، لم يجز له أن يبيعه [حتى يبيّن. في نوادر ابن سماعة : عن محمد، إذا وهب لرجل دارًا على أن يعوضه منها ألف درهم، وتقابضا جاز له أن يبيعه][1] مرابحة بالألف، ويقول: قام علي بكذا، أو للشفيع أن يأخذها بالشفعة بألف.

١٢٧٤٤ - وفي نوادر هشام : قال: سألت أبا يوسف رحمه الله تعالى عن رجل اشترى من رجل متاعًا بدرهم له عليه من ثمن المتاع، وهذا المتاع إن أصاب في يد غيره، ثم يشتريه من ذلك الثمن بالنصف، قال: إذا كان هكذا، فلا يبيعه مرابحة حتى يبين؛ لأنه قد حاباه.

١٢٧٤٥ - وفيه أيضًا: إذا اشترى عبدًا بألف درهم ينفق لها صرف ونقد في ثمنه غلة لا صرف لها، فإنه يبيعه على الغلة التي نقدها؛ لأن قبول البائع نقدًا دون نقده حط عن الثمن.

١٢٧٤٦ - وفي نوادر هشام : قال: قلت لأبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى ثوبًا بعشرة جياد، ونقد زيوفًا، قال في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: يبيعه مرابحة على عشرة زيوف، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يبيعه مرابحة على عشرة جياد، ثم رجع إلى

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبت هذه العبارة من م.

يوسف عن قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وشك فيه.

قال : وسمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول فيمن اشترى ثوبًا بعشرة دراهم مزيفة أنه يبيعه، ويبين، فإن لم يبين، فللمشتري الخيار إذا اشترى بصلا وحمائلا، وجفنًا، ثم أنفق على ذلك حتى ركبه، وحلاه بفضة، ثم باعه، وقال : الفضة فيه كذا أبيعكها بوزنها بلا ربح، وما بقي قام علي بكذا وكذا، فأبيعكه بربح كذا، فهذا جائز استحسانًا من قبل أنه وقع لكل شيء من هذا ثمن على حدة.

١٢٧٤٧ - ولو اشترى مختوم حنطة بعينها بمختوم شعير بغير عينه، وتقابضا، فلا بأس أن يبيع الحنطة مرابحة، وكذلك كل صنف من الكيل، أو الوزن بصنف آخر.

١٢٧٤٨ - ولو اشترى قفيزًا من الحنطة بقفيز شعير بغير عينه، ثم باع الحنطة بربح ربع الحنطة لم يجز، وهذا بخلاف ما لو اشترى قلب فضة، ثم باعه بربح درهم، قال : الوارث لا يبيع ما ورثه عن أبيه مرابحة على ما اشتراه الأب، ولو أقام المشتري بينة أن المشتري ميراث لبائعه من أبيه، كان له أن يرده عليه، ولو قال[1] : [[2] البائع أنه كان ميراثًا، إلا أنه بيع في دين على الميت، ، واشتريته بهذا الثمن، لم يقبل قوله، وله أن يحلف المشتري على علمه، وإن أقام بينة على ذلك، قبلت بينته، وكانت أولى من بينة المشتري؛ لأنهم قد شهدوا بمثل شهادته في الميراث، وزادوا عليها بيع الميراث، وشراءه، وكذلك لو قال[3] : إنه كان ميراثًا لي إلا أني بعته من فلان، وقبضت ثمنه، وسلمته إليه، ثم إني اشتريته منه بهذا الثمن، قبلت بينته في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى.

١٢٧٤٩ - وروى أبو سليمان عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : فيمن اشترى عبدًا بطعام عينه، وتقابضا، لم يكن له أن يبيعه مرابحة؛ لأنه لو هلك قبل القبض، انتقض البيع، ولو رده بعيب انتقض البيع، وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى بخلاف هذا، وعن محمد رحمه الله تعالى : أنه يبيعه مرابحة.

رجل رقم بزه، وزاد في رأس المال، وقال للمشتري : أبيعكه على هذا الرقم، ولم يقل : اشتريته بذلك، ولا قال : قام علي به، جاز في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه،

---

(١) هكذا في "م"، وكان في الأصل و"ظ" و"ف" : أقام.

(٢) ما بين المعكوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ظ".

(٣) هكذا في النسخة "م"، وكان في النسخ الباقية التي توجد عندنا : أقام مكان قال.

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن كان المشتري جاهلاً بذلك الأمر، فليس له أن يبيعه حتى يقول: زدت في الرقم، وإن لم يبين، وعلم المشتري به بعد ذلك، فله أن يرده، وإن كان المشتري تاجراً يعرف ما جرى بين التجار من هذه الزيادة لزمه.

١٢٧٤٥ بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في «الإملاء»: رجل اشترى من آخر ثوباً، وبطانة، وجعلها جبة، وجعل حشوها قطناً وزيناً، ووهب له، ثم حسب الثمن، وأجر الخياط، ثم قال لغيره: قام علي بكذا وكذا، وباعه مرابحة على ذلك، جاز. وكذلك الرجل يرث الثوب، فيبطنه بالفرو، والذي اشتراه، ويحسب أجرة الخياط وثمن الفرو، وقال لغيره: قام علي بكذا وكذا، وباعه مرابحة على ذلك، جاز، وكذلك لو كان الفرو ميراثاً، فالظهارة مشتري.

ولو بيع ثوبين، قد اشترى أحدهما بعشرة، والآخر ميراثاً، باعهما مرابحة، وقال وقت البيع: قاما علي بعشرة، فهذا لا يجوز، فإن من قبل: إن الثوب الميراث حصة من الثمن، يرد بها بالعيب، ويرجع بها في الاستحقاق، وهو لم يشتره بشيء، وهذا مخالف للذي وصفت قبله من الثوب المحشو أو المبطن لأن ذلك ثوب واحد لا يزايل بعضه بعضاً، وهذان ثوبان كل واحد منهما ثوب على حدة.

رجل اشترى عبداً بألف درهم، وتقابضا، ثم باعه مرابحة على ألف ومائة درهم، وتقابضا، ثم بلغ المشتري الثاني أن أصل شراء المشتري الأول كان بألف، فخاصم في ذلك، فأقام بينة عليه بذلك، فقال بائعه: قد كنت اشتريته بألف درهم، ثم وهبته، ثم اشتريته بألف درهم ومائة، لم يصدق على ذلك، فإن طلب يمين المشتري الثاني على علمه، فإن قال المشتري: شهدني حين وهبته، واشتريته بألف ومائة استحلف على علمه، ولو لم يدع بيعه هذا، ولكن هذه المائة الزيادة أنفقها عليه في طعامه، وفي حمولته من البلد الذي اشتريته فيه إلى هذه البلد، فإن كان إنما باعه مرابحة على ما قام عليه، فالقول قوله مع يمينه، وإن كان قال: اشتريته بألف ومائة، فباعه على ذلك، لم يقبل قوله في هذه المائة أنها نفقة؛ لأنه قد أقر في عقدة البيع أنها في أصل الثمن.

رجل اشترى ثوباً بخمسة عشر درهماً، ونقد الثمن، ثم باعه بربح ده يازده، وأخبر أنه قام علي بعشرة، فانتقد عشرة، وربحها، ثم قال بعده: غلطت [ثم][1] قام علي بخمسة عشر،

---

(١) هكذا في النسخة ط.

وكذبه المشتري، فإنه لا تقبل بينة البائع على ما ادعاه من رأس المال، وإن صدقه المشتري في ذلك، قيل للمشتري: أعطه خمسة دراهم ونصف. أو رده البيع في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى.

وأما في قياس قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: فلا يوجد المشتري زيادة، إنما يقال للبائع: إن شئت فافسخ البيع، وخذ الثوب، ورد ما انتقدت، وإن شئت فسلم البيع بالذي انتقدت لا يزاد عليه.

ولو قال المشتري: إنما اشتريته بخمسة، صدقت، وجعلت رأس مالك عشرة، وأراد استحلافه على ذلك، فلا يمين على البائع في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، ويستحلف في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى.

ولو أقر البائع أن رأس المال خمسة، أو قامت بذلك بينة، فإنه يرد في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: على المشتري خمسة ونصف.

وأما في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، فلا [يرد شيئا إن شاء المشتري رد البيع، وإن شاء أمسك بالثمن الذي نقده، وإن كان][1] اشتراه تولية في المسألتين جميعا، فإنهما يتراددان في الزيادة والنقصان في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى.

وكذلك قياس قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه في الزيادة، وكذلك لو ابتاعه بربح درهم على عشرة، فهو مثل ذلك في جميع هذه الوجوه في رده بالزيادة.

١٢٧٥١ - وفي نوادر ابن سماعة: عن محمد رحمه الله تعالى: رجل غصب من آخر عبدا، فأبق منه، أو غيبه، فقضى عليه بقيمة المغصوب منه، ثم ظهر العبد كان للغاصب أن يبيعه مرابحة على القيمة التي غرم، ويقول: قام علي بكذا، ولا يقول: اشتريت، وفي نوادر هشام: عن محمد رحمه الله تعالى: اشترى جراب هروي فيه كذا ثوبا، كل ثوب بعشرين درهما أنه يبيعه مرابحة على عشرين، ولو كان للجراب حصة لم يصلح على البيع مرابحة بعشرين، وكذلك دن الخل، وقوصرة التمر بمنزلة الجراب، وأمادن السمن[2] والعسل، وقد شراه جزافا، فله حصة من الثمن.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبت هذه العبارة من م.

(٢) وفي النسخة ب . . . في السمن

نوع آخر في بيان ما للمشتري أنه يلزم الزيادة في بيع المرابحة، وما ليس له ذلك:

١٢٧٥٢ - قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل" اشترى متاعًا، فله أن يحمل عليه ما أنفق في القصارة، والخياطة، والكري، ويقول: قام علي بكذا، ولا يقول: اشتريته بكذا [وكذا يحمل عليه ما أنفق في صبغ أو غسل أو فتل، ويقول: قام علي بكذا، ولا يقول: اشتريت بكذا][١]؛ لأن ذلك كذب وخيانة، وإن قال: ذلك، ثم علم المشتري، فله الخيار، إن شاء أخذ، وإن شاء رد؛ لأنه خيانة، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وقال أبو يوسف: في مسألة القصارة والغسل والصبغ؛ لأنه لا خيار للمشتري؛ لأن الذي أنفق في الصبغ والغسل والقصارة شراء أيضًا، ولا يكون هذا من باب الخيانة، والأصل في جنس هذا أن يقال: ما جرت عادة التجار بإلحاقه برأس المال، يلحق برأس المال، وما لا فلا، أو نقول: ما أثر في المبيع، ويزاد به مالية المبيع صورة ومعنى؛ فله أن يلحق برأس المال، وما لا فلا، ولا يحمل عليه ما أنفق على نفسه في سفره، وأما الرقيق فله أن يلحق بهم طعامهم وكسوتهم بالمعروف.

١٢٧٥٣ - وفي "المنتقى": وفي الرقيق يحمل أثمانهم وطعامهم وكراءهم، ولا يحمل عليه كسوتهم، ويضم أجرة الراعي استحسانًا، قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: لو كان في موضع جرت العادة فيما بين التجار بإلحاق أجرة الراعي برأس المال، يلحقه به أيضًا، والباج الذي يؤخذ في الطريق لا يلحق برأس المال، قال رحمه الله تعالى: لو كان في موضع جرت العادة فيما بين التجار بإلحاقه برأس المال، يلحق أيضًا، ولا تضم أجرة الطبيب والرائض، والبيطار، وجعل الآبق وأجرة الحجام، وأجرة السمسار تضم إذا كانت مشروطة في العقد بالإجماع، وإن لم تكن مشروطة، بل كانت موسومة، أكثر المشايخ رحمهم الله تعالى على أنها لا تضم، ومنهم من قال تضم، ولا يضم أجرة الدلال بالإجماع، بخلاف أجرة السمسار إذا كانت مشروطة في العقد، أو لم تكن على قول بعض المشايخ رحمهم الله تعالى، وذكر في البرامكة: أن أجرة السمسار لا تضم من غير تفصيل.

١٢٧٥٤ - وفي "المنتقى": ويحمل على الثمن كراء السفينة، وكراء الدابة التي حملته، ويقول: قام علي بكذا، وفي الدواب يحمل على أثمانها عن العلف، ولا يحمل ثمن الجلال

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

والبرامج، وكذا في الرقيق لا يحمل على الثمن ثمن العطر والأدهان، وكذا لا يضم كل ما جاوز القوت من الطعام والإدام، ولا يضم أجرة سائق الرقيق، وحافظ الطعام، والمتاع، ومن عمل بيده من قصارة أو خياطة، أو ما أشبه ذلك من الأعمال لا يضمه إلى رأس المال، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: ولا يضم إلى ثمن الرقيق ما أنفق عليه في تعليم القرآن والكتابة والصياغة والشعر، وغير ذلك.

١٢٧٥٥ - وقال محمد رحمه الله تعالى: وإذا اشترى لؤلؤة، واستأجر من يثقبها ضم أجره إلى ثمنها، وبيعها مرابحة على ذلك كله؛ لأنه يزيد في ثمنها.

وأما الياقوت: فما كان ينقصه ذلك لا يحتسب بأجره في الثمن، وما كان منه يزيده الثقب خيراً، أو لا بد له احتسب بأجر ذلك، وفي الطعام لا يضم أجرة الكيالين إلى رأس المال، ويضم أجرة البقالين، وإذا جصص الدار، أو طينها، أو طوى بئراً، فإنه يضم بثمن ذلك، واحتسب الأجر إلى ثمن الدار، ولا يضم الخادم، سواء حفر بئر ماء، أو بئر بالوعة.

وأما البناء[1] في الأرض فيحتسب ذلك في ثمنه، وكذلك النفقة في الكراب، وكسح الكروم، ولو سقى الأرض لم يحتسب ذلك في رأس مالها، وكذلك إذا سقى النخل، والكرم، والشجر.

ولو أحدث في الأرض زرعاً، أو كرماً، أو شجراً، أو أنفق في سقيها، يحتسب بذلك في رأس المال ما بقي فيها، فإذا ذهب ذلك من الأرض، لم يحتسب بشيء مما أنفق من قبل أن منفعة الماء كانت للنخل، والشجر، فإذا ذهب ذلك لم يبع مرابحة إلا على الثمن الذي اشتراها به.

١٢٧٥٦ - وإذا اشترى ثمر نخل، فإنه يحتسب بأجرة اللقاط، ولا يحتسب بأجرة الحافظ.

١٢٧٥٧ - وإذا اشترى شاة، واستأجر من يذبحها ويسلخها ويعلمها، فإنه يضم ذلك كله إلى رأس المال، وكذلك إذا اشترى نحاساً، واستأجر من يضربه آنية حسب بذلك، وكذلك الخشب بجعله أبواباً، وكذلك الرجل يشترى الحطب، ويتخذ به فحماً، فإنه يحتسب أجر الموقد، وأجر الأتون[2]، وأجر البقالين، وإذا اشترى غنماً، وأنفق عليها في علفها،

(١) وفي النسختين: "في ر م": البناء.

(٢) الأتون: الموقد الكبير كموقد الحمام والجصاص، والمراد هنا: موقد الحمام.

وأصاب من ألبانها، وأصوافها، ودون ذلك يلحق الفضل من النفقة برأس ماله، ونظير هذا: رجل اشترى دجاجة، وقبضها، فباضت عنده ثلاثين بيضة، فباع البيضات بدرهم، ثم أراد أن يبيع الدجاجة مرابحة إن أنفق على الدجاجة قدر ثمن البيضات، جاز؛ لأنه جعل ثمن البيض عوضًا عما أنفق، وإن لم ينفق لا يجوز. هذا هو الأصل في جنس هذه المسائل أن قدر ما أصاب من الزيادة إذا أنفق من ماله، لا يلزمه بيان ذلك في بيع المرابحة.

نوع آخر في بيع [بعض](1) ما اشترى مرابحة:

١٢٧٥٨ - إذا كان المبيع جملة مما يكال، أو يوزن أو يعد غير متفاوت، كان للمشتري أن يبيع بعض تلك الجملة على نصف الثمن، ويبيع الربع مرابحة؛ لأن ما [لا](2) ما يتفاوت، فالثمن فيه يتقسم على الأجزاء، فنصف الثمن يكون على نصف بيقين، وثمن الربع يكون ربع الثمن(3) بيقين، فيبيع النصف منه مرابحة على نصف الثمن، ويبيع الربع منه مرابحة على ربع الثمن، وإن كان مختلفًا مما لا يكال، ولا يوزن، فإن باع نصف(4) مشاعًا مرابحة، جاز بأن اشترى ثوبًا هرويًا، وباع ربع جميع ذلك، أو نصفه بربع الثمن، أو نصفه؛ لأن كل جزء من المتاع معلوم الحصة بالعقد، فصار كالمبيع الذي لا يتفاوت، وإن باع منها معينًا بأن باع ثوبًا معينًا من الجراب، وكان الثمن في الأصل جملة، لم يبعه مرابحة؛ لأن الانقسام فيما يتفاوت باعتبار القيمة، وطريق معرفتها الحزر والظن، فيحترز في ذلك السهو والغلط، وإن سمى لكل واحد ثمنًا، جاز بيعه مرابحة على ما سمى في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه وأبي يوسف رحمه الله تعالى؛ لأن حصة كل واحد من الثمن معلوم بيقين، وقال محمد: لا يبيعه مرابحة؛ لأن من عادة التجار ضم الرديء إلى الجيد في البيع شيء واحد مع الفضل، ليرغب المشتري في شراء الرديء؛ لأنه هو المقصود في الجيد، ورغبة البائع في بيع الجيد، لأنه من المقصود في بيع الرديء، فلو جوزنا له بيع أحدهما مرابحة على ما سمى، ربما يبيع الرديء على ثمن الجيد، وفيه من الخيانة ما لا يخفى.

(1) هكذا في نسخة م.

(2) هكذا في م و ب ف.

(3) هكذا في النسخ كافة التي عندنا، وكان في الأصل: ثمن الربع.

(4) في ... نسخها ... نصف.

١٢٧٥٩ - وإذا اشترى ثوبًا واحدًا، واحترق نصفه، فليس له أن يبيع النصف الباقي بنصف الثمن، وإن كان الباقي نصف الثوب باعتبار الذرعان؛ لأن الثمن في الثوب الواحد لا ينقسم باعتبار عدد الذرعان؛ لأن الذرعان من ثوب واحد مما يتفاوت، وإنما ينقسم باعتبار القيمة، فنصف الثمن لا يكون ثمن النصف الباقي من حيث الإحاطة واليقين، وكذلك إذا اشترى ثوبًا واحدًا، أو أراد أن يبيع ذراعًا منه، أو ميز ذراعًا منه وباعه مرابحة على ما يخصه، لا يجوز؛ إما لأن التمييز يوجب نقصانًا في هذا النوع، فكأنه اشترى شيئًا، وعيبه، أو لأن ما يخصه من الثمن غير معلوم من حيث الإحاطة واليقين؛ لأن الثمن لا ينقسم باعتبار عدد الذرعان، وكذلك إذا لم يميزه، ولكن عين ذراعًا في جانب واحد، لا يجوز أن يبيعه مرابحة للمعنى الثاني، وإن لم يعين، وأراد أن يبيع ذراعًا منه بما يخصه، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه، قال بعضهم: يفسد العقد عندهم جميعًا، وإذا فسد العقد، لا يتصور المرابحة، وقال بعضهم: يفسد العقد عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وعندهما لا يفسد، كما في الدار، ويجعل الذرع عبارة عن السهم، فمتى كان الثوب عشرة أذرع كان ذراعًا عشر الثوب بعشر الثمن، وذلك جائز.

١٢٧٦٠ - وإذا اشترى رجلان مكيلًا، أو موزونًا أو معدودًا لا يتفاوت، واقتسماه، جاز لكل واحد منهما أن يبيع حصته مرابحة؛ لأن القسمة فيما لا يتفاوت اعتبر إفرازًا، ومعنى المبادلة فيه ساقط، فيكون ما في يد كل واحد منهما كأنه عين ما كان له قبل القسمة، ولو كانت الجملة مختلفة، فاقتسماها، لم يجز لأحدهما أن يبيع حصته مرابحة؛ لأن القسمة فيما لا يتفاوت[1] إفراز من وجه مبادلة من وجه فيما في يد كل واحد منهما نصفه كان له قبل القسمة، ونصفه بدل عما وصل إلى شريكه من نصيبه، فصار كأنه اشترى ذلك بنصيبه، فلا يبيعه مرابحة.

١٢٧٦١ - وفي المنتقى: إذا اشترى ثوبًا بعشرة دراهم، وقطع نصفه وباعه، ثم باع النصف الباقي مرابحة على عشرة دراهم، ثم علم المشتري بذلك، فهو بالخيار، إن شاء أخذ بجميع الثمن، وإن شاء ترك من قبل أن النصفين يتفاضلان، ألا ترى أنه لو أراد أن يأخذ هذا النصف بنصف الثمن، ليس له ذلك؛ لأنه من ثمن هذا النصف مجهول، هذا كرجل اشترى ثوبين صفقة واحدة بثمن واحد، ثم باع أحدهما مرابحة على جميع الثمن، ثم علم المشتري

(١) وفي ... و م: فيما يتفاوت بدلًا فيما لا يتفاوت.

ذكرنا، ويقال للمشتري: قد أقر لك البائع زيادة خمسة، فإن شئت فصدقه، وخذها، وإن شئت فاتركها.

١٢٧٦٥ - وفي "المنتقى": رجل اشترى عبداً بمائة دينار، ورجل آخر اشترى جارية بمائتين، فوكل أحدهما صاحبه ببيع مملوكه مع مملوك نفسه مرابحة، أو مساومة[1] على أي حال رأى جمعهما، فقال المأمور لرجل: إنهما قاما بثلاثمائة، فصدقه المشتري، وربحه[2] ربحاً، واشتراهما، وقبضهما، ثم وجد بالعبد عيباً، وأراد رده، فقال البائع: رأس مال هذا مائة، وكذبه المشتري، وحلف على علمه ما يعلمه قام بالذي قلت، فإنهما يقومان قيمة عدل، فيرد العبد بالذي يصيبه من القيمة، فإن أصابه أقل من المائة، يقال للمشتري: إن البائع قد أقر لك بفضل، فإن شئت فصدقه، وخذه، وإن شئت فاتركه، وإن كان نصيبه أكثر من نصف الثمن، رده البائع عليه، فلزم البائع غرم لم يقبضه، ولا يرجع به على صاحب الجارية.

١٢٧٦٦ - قال في "الجامع": ولو كان المشتري هو الذي ادعى أن شراء الثوبين كان صفقتين، كل واحد بعشرة، وقال البائع: بل كانت الصفقة واحدة، فالقول قول البائع، فإن وجد المشتري العيب بثوب المأمور، رده بعشرة، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة المشتري؛ لأنه يثبت زيادة صفقة، وزيادة ثمن المردود بالعيب، وإن وجد العيب بثوب الآمر، رده بخمسة عشر؛ لأن المشتري ادعى فيه خمسة عشر، وقد أقر له البائع بخمسة زيادة، فإن شاء صدقه، وأخذ منه، وإن شاء تركه، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: هذا إذا كان البائع مصراً على إقراره، فأما إذا لم يكن مصراً على إقراره، لا يأخذه منه الخمسة لارتداد إقرار الأول بتكذيب المشتري، ولم يذكر فيه أن البينة بينة البائع؛ لأن البائع بينته لا يثبت لنفسه حقاً.

مسائل التولية:

١٢٧٦٧ - بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: في رجل اشترى جارية بألف درهم، فولدت عند المشتري ولداً، ثم ولى البائع رجلاً [أمه بما ولدها، قال الحاكم أبو الفضل: هذا خلاف جواب "الأصل"، وإذا ولى رجلاً][3] شيئاً بما قام عليه، ولم يعلم المشتري بكم قام

---

(١) هكذا في م، وكان في الأصل و ص و ب: مرابحة ومساومة.

(٢) هكذا في م و ظ، وكان في الأصل و ص: وأربحه.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و .

عليه، فالبيع فاسد، وإن أعلم البائع المشتري بكم قام عليه، فالمشتري بالخيار، إن شاء أخذه، وإن شاء رده؛ لأن الذي قام عليه اسم لما اشتراه به، ولما لحقه من المؤن التي التحقت بالثمن، وذلك لا يعرف إلا ببيان البائع، فإذا لم يبين، كان الثمن مجهولاً، ففسد البيع، فإن أعلمه بعد ذلك، صح، يريد به إذا أعلمه في المجلس، وهذا لأن ساعات المجلس كساعة واحدة، فصار الإعلام في آخر المجلس كالإعلام في وقت العقد.

١٢٧٦٨ - وفي «القدوري»: لو باع شيئاً بربح ده يازده، ولم يعلم ما اشتراه به، فالبيع فاسد حتى يعلم المشتري، فيختار، أو يدع، وهذا رواية ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى، وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: أن البيع جائز، وتأويله: أنه موقوف على حق وصف الجواز بحكم الجواز إذا زالت الجهالة بدلالة ما فسّر أنه لو هلك ذلك الشيء، فالبيع فاسد، ويلزمه قيمته، وهذا دليل على أن العقد محكومًا بفساده، ووجب الخيار ليكشف حال الثمن عند الإعلام بعد أن يكون ملبساً.

١٢٧٦٩ - روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: فيمن اشترى ثوبين بمائة درهم، فقبضهما، ثم ولى رجلاً على أحدهما بعينه، لم يجز، وكذلك لو أنه أشرك في أحدهما بعينه لم يجز، ولو كان المشتري قبض أحد الثوبين من البائع، ثم أشرك رجلاً فيهما، جازت الشركة في النصف المقبوض، وكذلك لو ولى عليهما رجلاً، جازت التولية في النصف المقبوض.

١٢٧٧٠ - ولو اشترى جاريتين بألف درهم، وقبضهما، وباع إحداهما، ثم ولاهما رجلاً، فالمولى بالخيار، إن شاء أخذ التي لم يبع بحصتها، وإن شاء ترك إذا لم يعلم ببيع إحداهما، وكذلك لو أشركه فيهما، جازت الشركة في نصف التي لم يبع، وإن لم يبع إحداهما، لكنه أعتق إحداهما، أو ماتت، ثم ولاهما رجلاً، أو أشركه فيهما، جاز في الأمة الحية منهما.

وروى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن أحد الشيئين إذا كان طعامًا غير مقبوض، فولاهما رجلاً، لم تجز التولية في الآخر؛ لأن بيع الطعام قبل القبض لا يجوز بالإجماع، قال الحسن: وروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى غيرها قال: إذا كان لا يختلف في إبطاله؛ لأنه ليس بمال أفسدت البيع في الآخر، وإذا كان لا يختلف في إبطاله لعلة عارض، وهو مال أجزت البيع في الآخر.

مسائل الوضيعة:

١٢٧٧١ - الأصل فيه أن يضم قدر الوضيعة إلى رأس المال، ثم يسقطها من الجملة، ويكون الثمن ما بقي. ومثاله: إذا اشترى ثوبًا بعشرة، فباعه بوضيعة ده يازده، فإنك تجعل كل درهم من رأس المال أحد عشر جزءًا، فتكون الجملة مائة [وعشرة]، فيسقط منها جزء من أحد عشر، وذلك العشرة يبقى هناك مائة، وهي تسعة دراهم، و[١] جزء من أحد عشر جزءًا من درهم. وإنما جعلت كل درهم على أحد عشر جزءًا؛ لأنه لما باعه بوضيعة ده يازده، فقد جعل الوضيعة جزءًا من أحد عشر جزءًا[٢]، فيجعل كل درهم أحد عشر جزءًا لهذا، فيصير الجملة مائة وعشرة أجزاء، سقط من كل أحد عشر واحد، يبقى مائة، وهي تسعة دراهم، وجزء من درهم. وعلى هذا القياس يجري الباب، حتى لو باعه بوضيعة ده دوازده، فيجعل كل درهم اثني عشر، فيكون مائة وعشرون، يسقط منها عشرون، يبقى هناك مائة، وهي ثمانية دراهم وثلث درهم.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبت من ط وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقطة من الأصل وأثبتناه من ط وم وف.

الفصل السادس عشر
في الاستحقاق، وبيان حكمه

١٢٧٧٢ - استحقاق المبيع على المشتري يوجب توقف العقد السابق على إجازة المستحق، ولا يوجب نقضه وفسخه في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن الخصومة من المستحق، وطلب الحكم[1] من القاضي دليل النقض [للعقد، فينتقض به العقد، كما ينتقض بصريح النقض، حتى لا يعمل إجازة المستحق بعد ذلك، وعن أبي يوسف رحمه الله أن أخذ المستحق العين بحكم القاضي دليل النقض][2]، فينتقض به العقد، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى رواية أخرى: أن المستحق إذا قال عند الخصومة: إن أقيم البينة لا أجيز العقد، فحكم له، لا ينتقض العقد، ويعمل إجازته، وإن لم يقل ذلك، لا تعمل إجازته.

وجه ظاهر الرواية: ليس بشيء من ذلك دليل النقض، أما الخصومة وطلب الحكم فلأنه لإثبات الاستحقاق وإظهاره، والاستحقاق لو كان ثابتًا ظاهرًا يوم البيع، لا يمنع انعقاد البيع، فظهوره في الانتهاء لا يوجب النقض والفسخ من طريق الأولى. وأما الأخذ بحكم القاضي محتمل، يحتمل التمام والتقرير، ويحتمل النقض والفسخ، والعقد جائز بيقين، فلا يثبت النقض بالشك، وإذا أجاز المستحق البيع، وعمل إجازته، كان الثمن للمستحق، ولكن البائع يقبضه، ويدفعه إلى المستحق.

١٢٧٧٣ - وإذا كان المشتري شيئًا واحدًا، كالثوب الواحد، والعبد الواحد، فاستحق بعضه قبل القبض، أو بعده، فللمشتري الخيار في الآخر؛ لأن الصفقة تفرقت على المشتري قبل التمام، وإن استحق أحدهما بعد القبض، فلا خيار له في الآخر، وإن تفرقت الصفقة عليه؛ لأنها تفرقت بعد التمام، وإن كان المشتري مكيلًا أو موزونًا، واستحق بعضه، فللمشتري الخيار فيما بقي، إن شاء أخذه بالحصة، وإن شاء تركه.

١٢٧٧٤ - وإذا كان المشتري شيئين، كالثوبين، والعبدين، فلم يقبضهما حتى استحق أحدهما، أو قبض أحدهما، فللمشتري الخيار في الآخر؛ لأن الصفقة تفرقت على المشتري

(١) وفي النسخة م: الحكومة.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م وم ب.

قبل التمام، وإن استحق أحدهما بعد القبض، فلا خيار له في الآخر؛ لأن الصفقة وإن تفرقت عليه إلا أنها تفرقت بعد التمام. وإن كان المشترى مكيلا أو موزونا، واستحق بعضه قبل القبض، فللمشتري الخيار فيما بقي لتفرق الصفقة عليه قبل التمام. وإن استحق بعضه بعد القبض، فعن أبي حنيفة رضي الله تعالى روايتان.

١٢٧٧٥- وفي المنتقى: رجل اشترى من رجل عبدا بألف درهم، ووهب البائع الثمن للمشتري قبل القبض، أو بعده، ثم استحق العبد، فلا سبيل للمشتري على البائع؛ لأن ما وهب البائع للمشتري ماله، فلا يضمن له ماله في يده، ولو أجاز مستحق العبد العقد قبل أن يقضى له بالعبد، فإن البيع جائز، والهبة جائزة في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، إن كانت الهبة قبل قبض الثمن، ويضمن البائع مثله لرب العبد، ولا تجوز الهبة بعد القبض، فيؤديه المشتري، ويكون لرب العبد، وأما في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فلا تجوز الهبة في الوجهين جميعا؛ لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء.

ولو أذن له في الابتداء ببيع عبده فباعه، ووهب الثمن من المشتري، كان الحكم ما ذكرنا، فههنا كذلك.

١٢٧٧٦- قال محمد رحمه الله تعالى في كتاب الدعوى: رجل اشترى من آخر أمة شراء جائزا، أو فاسدا، أو ملكها بهبة، أو صدقة، واستولدها، ثم استحقها رجل ببينة أقامها، قضى القاضي بالجارية وبأولادها للمستحق؛ لأن الأولاد فرع ملكه، إلا إذا ثبت غرور المشتري المستولد، ولا بد لذلك من البينة على الشراء، أو الهبة، أو ما أشبه ذلك، فإذا أقام المستولد بينة على ذلك، ثبت غروره؛ لأنه وطئها على حسبان أنه ملكه، وهذا هو حد المغرور، وولد المغرور حر بالقيمة، فيقضي القاضي حينئذ للمستحق بالجارية، وبقيمة الولد، ويقضي بعقر الجارية أيضا، ولا يرجع المستولد على مملكها بالعقر، بائعا كان أو واهبا، ويرجع بقيمة الأولاد عليه إن كان بائعا، ولا يرجع عليه إن كان واهبا، والفرق أن البائع بالبيع ضمن سلامة الجارية للمشتري؛ لأن المشتري ضمن له سلامة الثمن، وهذا عقد مجازاة ومقابلة، ولأجل ذلك يثبت له حق الرد بالعيب، وضمان سلامة الجارية يكون ضمان سلامة الزوائد بطريق التبعية، ولم يسلم الزيادة للمشتري لما ضمن قيمتها للمستحق، فيرجع على البائع بذلك بحكم الضمان، فأما الواهب لم يضمن سلامة الموهوب للموهوب له ليصير ضامنا سلامة الزوائد بطريق التبعية؛ لأن ضمان سلامة المبيع من البائع بمقابلة ضمان سلامة البدل، ولا بدل في الهبة، ومجرد الغرور لا يثبت حق الرجوع ما لم يوجد ضمان السلامة، إما نصا، أو في ضمن

عقد المعاوضة، حتى لو كان الواهب ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصًّا، نقول بأنه يرجع على الواهب بقيمة الولد.

فإن كان المشتري باع الأمة من رجل آخر، واستولدها المشتري الثاني، ثم استحقها رجل، وأخذ الجارية، وقيمة الأولاد من المشتري الثاني، رجع المشتري الثاني على المشتري الأول بقيمة الأولاد، فالمشتري الأول هل يرجع على بائعه بقيمة الأولاد؟ على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى: لا، وعلى قولهما: يرجع، لهما أن البائع ضمن للمشتري الأول ضمن سلامة الأولاد، ولم يسلم له الأولاد حتى أخذ منه قيمة الأولاد، والدليل عليه أن المشتري الأول في هذه الصورة يرجع على بائعه بالثمن، وإنما يرجع؛ لأن بائعه ضمن له سلامة المبيع، ولم يسلم له المبيع لما رجع المشتري الثاني عليه بالثمن، ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن البائع الأول ضمن للمشتري الأول سلامة أولاده، لا سلامة أولاد المشتري[1] منه، وهذا لأن ضمان السلامة في ضمن [البيع، فإنما يثبت ضمان سلامة أولاد المشتري الثاني في ضمن البيع][2] الثاني، والبيع الثاني مقصور على البائع الثاني؛ لأنه حصل باختياره، فما وجد في ضمان السلامة في ضمنه، يكون مقصورًا على البائع الثاني أيضًا، ألا ترى أن ضمان تسليم المبيع إلى المشتري الثاني لما وجب بالبيع الثاني، والبيع الثاني مقصور على البائع الثاني، وجب التسليم على البائع الثاني، لا على البائع الأول، بخلاف الرجوع بالثمن؛ لأن البائع الأول ضمن للمشتري الأول ما باع منه، ولم يسلم له ذلك، لما رجع الثاني على المشتري الأول بالثمن.

٩٢٧٧٧ - اشترى دارًا، وبنى فيها بناءً، ثم استحق رجل الدار بالبينة، ونقض بناء المشتري، فالمذكور في عامة الكتب أن المشتري يرجع على البائع بقيمة البناء، وذكر في شرح الجامع: أن للمشتري الخيار في البناء المنقوض، إن شاء أمسكه، ولا يرجع على البائع بما لحقه من زيادة غرم؛ لأنه ما اختار النقض، فقد برأ البائع عن الضمان، وإن شاء ترك النقض على البائع، ورجع عليه بقيمة البناء مبنيًا.

وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: إذا اختار المشتري إمساك النقض، فله أن يرجع على البائع بما يلحقه من زيادة غرم، وقاسه على ما إذا حرق ثوب إنسان خرقًا فاحشًا،

[1] وفي م: أولاد المشتري الثاني، وهذا

[2] ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف

كان لصاحب الثوب أن يمسك الثوب، ويضمن النقصان، كذا هنا.

ولو أن المشتري باع الدار من رجل آخر، وبنى فيها المشتري الثاني بناء، ثم استحقها رجل من المشتري الثاني، يرجع المشتري الثاني على المشتري الأول بالثمن وبقيمة البناء، ويرجع المشتري الأول على بائعه بالثمن، ولا يرجع عليه بقيمة البناء عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، خلافاً لهما[1].

وفي "المنتقى": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى عنه رواية أخرى أنه قال في رجوع المشتري الأول على بائعه بقيمة البناء: أنا أقف على هذا حتى أنظر.

قال الحاكم أبو الفضل: ذكر المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه قال: لا يرجع المشتري الأول على بائعه بالثمن حتى يؤدي، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: حتى يقضى عليه، فرق أبو يوسف رحمه الله تعالى بين هذا، وبين ما إذا غصب رجل من رجل عبداً، وجنى العبد في يد الغاصب جناية، ثم قبضه المغصوب منه، فليس له أن يرجع على الغاصب بأرش جنايته حتى يرجع عليه.

١٢٧٧٨ - وفي "المنتقى": رجل اشترى داراً، وبنى فيها بناء، ثم استحق نصف الدار[2]، رد ما بقي من الدار، ويرجع بنصف قيمة البناء؛ لأنه مغرور في نصفها، ولو كان استحق نصف الدار بعينه، فإن كان البناء فيه خاصة رجع فيه بقيمة البناء، وإن كان البناء في النصف الذي لم يستحق، فله أن يرد ذلك النصف، ولا يرجع بشيء من قيمة البناء.

وعن محمد رحمه الله تعالى: فيمن اشترى داراً على أن البائع فيه بالخيار، فبنى المشتري فيها بناء، ثم اختار[3] البائع البيع، ثم استحقت الدار، فقال: لا يرجع المشتري على البائع بشيء من قيمة البناء، قال: لأنه بنى فيها قبل أن يملكه البائع منه.

وفي شركة "الجامع": اشترى داراً من رجلين، وبنى فيها بناء، ثم استحق رجل الدار، ونقض بناء المشتري، ثم حضر أحد البائعين، كان للمشتري الخيار، إن شاء أمسك المنقوض، وإن شاء سلم نصف المنقوض إليه، ويرجع عليه بنصف قيمة البناء؛ لأنه صار مغروراً من جهته في النصف، فإن حضر البائع الآخر بعد ذلك، كان للمشتري الخيار في النصف الآخر

---

(١) وفي "م": عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يرجع بقيمة البناء.

(٢) وفي "م": ثم استحق الدار نصفها شائعا ورد ما بقي.

(٣) وفي "م": ثم أجاز.

واختياره أحد الشيئين مع الأول في أحد الشيئين لا يكون اختيارًا لذلك مع الثاني ، فله أن يختاره مرة أخرى .

وروى إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى : فيمن اشترى جارية ، ووهبها من رجل ، وسلمها إليه ، ثم إن الواهب اشتراها من الموهوب له ، واستولدها ، واستحقها مستحق ، يرجع على البائع ، وهو الموهوب له بقيمة الولد ؛ لأنه مغرور .

روى أبو سليمان عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في « الإملاء » : قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى ، في رجل اشترى من آخر أمة ، وقبضها ، ونقد الثمن ، فاستحقها رجل بالبينة ، وقضى القاضي بها للمستحق ، وأراد المشتري أن يرجع على البائع بالثمن ، فقال له البائع : قد علمت أنهم شهدوا بالزور ، وأن الأمة لي ، وقال المشتري : أنا أشهد بذلك أن الأمة لك ، وأنهم شهدوا بالزور ، فللمشتري أن يرجع على البائع بالثمن بعد هذا الإقرار ، قال : من قبل أن المبيع لم يسلم له والشهادة على البائع ، فلا يحل له أن يأكل الثمن ، والمبيع لم يسلم للمشتري .

١٢٧٧٩ - رجل اشترى أمة من رجل ، وقبضها ، ثم اشتراها منه أهل الحرب ، ثم اشتراها هذا الرجل منهم ، ثم استحقها مستحق بالبينة ، وقضى القاضي له أن يأخذها بالثمن ، فله أن يرجع بالثمن على بائعها الأول .

١٢٧٨٠ - وفي « المنتقى » : رجل وطئ جارية ابنه ، فولدت له ، فضمن قيمتها لابنه ، ثم ولدت له ولدًا آخر ، ثم استحقها رجل ، فقضى له بها ، وباستيلادها ، واستحقها مستحق ، فقضى بها له ، وبعقرها ، يرجع على الابن بالقيمة التي ضمن له وبقيمة الولد ، قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله تعالى : هذا خلاف جواب « الأصل » ، وذكر بعد هذا مسائل .

رجل وطئ جارية ابنه ، وعلقت منه ، فادعى الولد حتى ثبت نسبه منه ، وغرم قيمة الجارية بيقين ، ثم ولدت بعد ذلك أولادًا ، ثم استحقها رجل ، وأخذ عقرها وقيمة الولد ، فعلى قول محمد رحمه الله تعالى لا يرجع الأب على ابنه بشيء من قيمة الأولاد ، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : يرجع عليه بقيمة كل ولد ولدته بعد الولد الأول .

١٢٧٨١ - وفيه أيضًا : جارية بين رجلين ، اشترياها من رجل ، فاستولدها أحدهما ، وضمن لشريكه نصف قيمتها ، ونصف عقرها ، ثم استولدها ثانيًا ، ثم استحقها مستحق ، وقضى القاضي له بالجارية ، وبقيمة الولدين وبالعقر على المستولد ، فإن المستولد يرجع على الشريك بما ضمن له ، ثم يرجعان بالثمن على البائع ، ويرجع المستولد على البائع بنصف قيمة الولد من حصته من الشراء .

ولا يرجع عليه بنصف الباقي؛ لأنها حصة شريكه لم يشترها منه، ولا من الشريك، إنما هو ضمان دخل ملكه بالاستهلاك، وبطل الاستهلاك.

١٢٧٨٢ - قال: ولو أن رجلا غصب أمة، فأبقت منه، فقضى عليه بقيمتها، ثم وجدها واستولدها، ثم استحقها مستحق، وأخذها وعقرها وقيمة ولدها بقضاء القاضي، فالغاصب يرجع على المغصوب منه بالقيمة التي دفعها إليه، وبقيمة الولد، قال: ولا يشبه الغاصب في هذا الشريك بمنزلة النكاح.

ألا ترى أنه ضمن حصته من القيمة، وإنما يثبت نسب الولد من قبل الشريك الرق للوطء فيه، فليس الشريك بغار في هذا.

١٢٧٨٣ - وروى المعلى عن أبي يوسف: في رجل اشترى أمة وأعتقها، ثم تزوجها، فجاءت بولد، ثم استحقها رجل، قال: هو مغرور، ويرجع بقيمة الولد، وقال محمد: هو ليس بمغرور، ولا يرجع بقيمة الولد.

١٢٧٨٤ - وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: رجل باع لرجل ساجة ملقاة في الطريق، وقبض الثمن، وخلى بين المشتري وبين الساجة، ولم يحركها المشتري من موضعها، فقد صار قابضاً لها، فإن أحرقها رجل، فهي من مال المشتري، فإن جاء مستحق، واستحقها بالبينة، فالمستحق بالخيار، إن شاء ضمن المحرق، وإن شاء ضمن البائع إن كان البائع هو الذي ألقاها في ذلك الموضع، ولا سبيل للمستحق على المشتري إذا لم يكن المشتري حركها من ذلك الموضع.

١٢٧٨٥ - رجل باع أمة من رجل، فلم يقبضها المشتري حتى زاد البائع في البيع أمة أخرى، ثم استحقت الأولى، فإن المشتري أخذ الزيادة بحصتها من الثمن، كأن الشراء وقع عليهما جميعاً.

وذكر الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف: في رجل اشترى عبداً وزاده البائع، واستحق بعضه، أو تعيب قبل القبض أنه قال فيه قولان: أحدهما: أن يبطل من الثمن بقدر العبد، والثاني: أنه يبطل بقدر حصته ذلك من الثمن بقسمته على القيمة، فعلى القول الأول: لم يجعلها مختلطة، وعلى القول الثاني: جعلها مختلطة.

١٢٧٨٦ - رجل باع جارية غيره، وتقابضا، ثم اختلف البائع والمشتري، فقال البائع: بعتها بغير أمر صاحبها، وقال المشتري: لا، بل بعتها بأمر صاحبها، فالقول قول المشتري، والمسألة معروفة.

ولو أن المشتري استولدها بعد ذلك، ثم استحقها مولاها[1]، قال أبو يوسف: يأخذ المولى الولد عبداً له مع الجارية، لأن المشتري ليس بمغرور.

١٢٧٨٧ - رجل اشترى نصف عبد، ثم اشترى آخر النصف الآخر، فقبض الآخر، ولم يقبض الأول ثم استحق، فهو منهما، وإن قبض الأول، ولم يقبض الآخر فما استحق، فهو من الآخر، وإن قبضا استحق، فهو منهما.

١٢٧٨٨ - [رجل معه قفيزان من بر في زنبيل، باع قفيزاً من رجل بدرهم، ولم يقبضه المشتري حتى باع من آخر قفيزاً منه بدرهم، ثم استحق أحدهما رجل، فإن شراء الثاني باطل، والبيع الأول جائز، وسيأتي جنس هذا بعد هذا - إن شاء الله تعالى -][2].

١٢٧٨٩ - رجل اشترى من رجل داراً بألف درهم، ونقده الثمن، وقبض الدار، وأقام أخو المشتري بينة أن الدار كانت لأبيه تركها ميراثاً له، ولأخيه هذا المشتري، فإنه يقضي له بنصف الدار، فبعد ذلك ينظر إن كذبه المشتري كان المشتري بالخيار إن شاء رد النصف الباقي على بائعه، ورجع عليه بجميع الثمن، وإن شاء أمسكه، ورجع عليه بنصف الثمن، وإن صدقه المشتري بقي النصف في يده بنصف الثمن، ورجع على بائعه بنصف الثمن أيضاً من الدرك يرجع عليه بالثمن دون قيمة البناء إلا أن يضمنه.

وأما الضامن للخلاص وهو أن يسلم العبد من يد البائع إلى المشتري ويخلصه من يد المستحق [ويسلمه إلى المشتري لو مات العبد في يد البائع قبل أن يسلمه][3]، فليس على ضامن الخلاص رد الثمن.

وإن مات العبد في يد المستحق، فعلى ضامن الخلاص رد الثمن، ويصير موته[4] في يد المستحق بمنزلة موته[5] في يد البائع، وإذا ضمن له الدرك، فإنما هو من الاستحقاق، وليس يوجد أن يسلمه من يد البائع.

١٢٧٩٠ - وفي نوادر هشام عن محمد: رجل اشترى أرضاً بشربها، واستحق الشرب

---

(١) وفي النسخة م: فستحق بعد لأمن مولاها.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة م.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من ظ و م.

(٤) وفي ظ: ميتة.

(٥) وفي ظ: موته.

والنسب ثابت ، وكذلك إن اشتراها من عبد محجور عليه .

ولو اشترى رجل جارية بعبد ، وتقابضا وولدت الأمة من المشتري ، فإذا العبد والأصل ، فإن لبائع الجارية أن يأخذ الجارية وعقرها ، وولدها رقيقًا ، والولد ثابت النسب .

قال هشام : قلت لمحمد . فإن كان الذي باع العبد كان اشتراه من غيره قبل الولد : يكون له بالقيمة .

١٢٧٩٥ - رجل اشترى أمة ، وقبضها ، فادعاها آخر[١] ، فاشتراها منه أيضًا ، ثم استحقت الأمة ، وقد ولدت للمشتري ، قال محمد : يرجع بالثمنين على البائعين ، فإن كانت الأمة جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر من وقت اشتراها من الآخر ، رجع بقيمة الولد التي يغرمها للمستحق على المشتري الآخر ، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت شرائها من المشتري الآخر لا يرجع بقيمة الولد على واحد منهما ؛ لأن إقراره الثاني براءة الأول .

قال محمد : ويضمن البائع في الأرض المشتراة إذا استحقت البناء ، والغرس والزرع وفي أن الزرع أن يطرح ما فيه الزرع ، فيضمنه البائع .

قال هشام : وذلك إذا لم يستحقها . وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف : رجل اشترى جارية ، فولدت منه واستحق رجل نصفها تقضى له عليه بنصف قيمتها ، وبنصف عقرها

فإن قضى بذلك ، ثم استحق رجل آخر النصف الآخر بعد ذلك ، فإنه يقضى له أيضًا بنصف قيمة الجارية ، وبنصف عقرها ، ويقضى عليه بقيمة الولد بينهما نصفين

١٢٧٩٦ - رجل اشترى جارية ، وقبضها ، فولدت ، ثم أعتقها ، وتزوجها ، فولدت له ولدًا آخر ، ثم استحقت ، فليس عليه إلا عقر واحد ، وكذلك لو لم يتزوجها بعد العتق ، ولكنه زنى بها ، فولدت له أولادًا ، ثم استحقت ، لم يغرم للمستحق إلا عقر واحد ، وصار ذلك العتق ليس بعتق ، فكأنه وطء على الملك الأول ، ويثبت نسب الأولاد ، ويغرم قيمتهم ، ويرجع على البائع بقيمة الأولاد الذين كانوا بعد العتق .

١٢٧٩٧ - وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى : رجل في يده كران من حنطة ، باع كرًا منهما من رجل بثمن مسمى ، ودفعه إليه ، فاستحق من يده ، قال : يأخذ المشتري الكر الثاني ، ولا ينتقض البيع ، فإن لم يستحق الأول حتى باع الكر الثاني ، ودفعه ، ثم استحق الأول ، قال : يبطل البيع فيه ، ولا سبيل له على المشتري الثاني ، ولو كان في يده كران ، فباع

(١) وفي م: يدعي.

أحدهما، ولم يدفعه حتى باع الآخر، ودفعه، ثم باع الكر الثاني، ودفعه، ثم حضر المشتري الأول، ووجد المشتريين جميعاً، فالمسألة فإنه مبنية على المشتري الثالث؛ لأن البائع قد كان له أن يبيع الكر الثاني بعد بيعه من المشتري الأول، فقد باعه ووقع البيع على ما يملكه[1]، وجاز الدفع إليه، ثم لما باع الكر الآخر، لم يجز بيعه؛ لأنه للمشتري الأول، فإن لم يجد المشتري الأول الثالث إنما وجد المشتري الثاني يقضي له بنصف ما في يده، فإذا حضر الثالث، أخذ جميع[2] ما في يده، فيكون منهما نصفين، وكذلك لو كان مكان الكر عبداً، فباع نصفه من رجل، ولم يدفع إليه، ثم باع نصفه من آخر، ودفعه إليه، ثم باع نصفه من ثالث، ودفعه إليه.

١٢٧٩٨- وروى إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: في رجل باع قفيزاً من طعام وهو ثلاثة أقفزة - من رجل، ثم باع قفيزاً من رجل آخر، ثم باع قفيزاً من ثالث، ثم كال لهم الأقفزة الثلاثة، ثم استحق القفيز الأول، قال: يأخذ المستحق القفيز الثالث، ويكون الكلام له؛ لأن صاحب الطعام باع القفيز الأول وهو يملكه، وباع الثاني وهو يملكه، وباع الثالث، وهو لا يملكه.

١٢٧٩٩- رجل اشترى من دار نصفها مشاعاً، ثم استحق نصفها قبل القسمة، فالبيع على النصف الباقي، فإذا كانت قسم للمشتري، ودفع إليه ما اشترى، ثم استحق النصف الذي اشترى من يد المشتري، فللمشتري نصف نصف الباقي، وهو ربع جميع الدار.

١٢٨٠٠- ولو اشترى من صبرة نصفها، وهو كر، ثم استحق نصفها قبل القسمة أو بعد القسمة والقبض، فإنه يأخذ جميع النصف الباقي من الكر، ولو اشترى من عبد نصفه، كان ما استحق من نصف البائع، ويسلم للمشتري نصفه، وفرق بين العبد والدار.

١٢٨٠١- رجل وهب لرجل عبداً، أو تصدق به عليه، فاستحق من يد الموهوب له أو من يد المتصدق عليه، كان للواهب أو المتصدق أن يرجع على بائعه بالثمن، رواه ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى.

وروى ابن سماعة عنه أيضاً: في رجل اشترى من رجل عبداً، ووهبه، ثم إن الموهوب له وهبه من رجل آخر، ثم استحق العبد من يد الموهوب له الآخر، كان للمشتري أن يرجع

---

(١) هكذا في ظ، ز، م، وكان في الأصل و ب: علما يملكه.

(٢) هكذا في الأصل والنسخة ...، وكان في النسختين ظ، ز، م: أخذا جميعا ما في يده.

على بائعه بالثمن[1]، ولو كان المشتري للعبد باعه من رجل، ثم وهبه لرجل من الابتداء، ثم إن الموهوب له باعه من رجل، ثم استحق من يد المشتري الأخير، فالمشتري الأول لا يرجع على بائعه، قيل: إنه يرجع الأخير على بائعه وهو الموهوب له، فإذا رجع عليه، رجع المشتري الأول على بائعه.

١٢٨٠٢- وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في "الإملاء": رجل اشترى زق سمن أو عسل، أو جرة زيت أو دهن، أو سلة زعفران، أو جوالقًا من دقيق، أو حنطة، ثم استحق شيئًا منها، فللمشتري الخيار، إن شاء أخذ الباقي بحسابه من الثمن، وإن شاء ترك؛ لأن هذا شيء واحد، فيكون الحال فيه قبل القبض، وبعده سواء.

ولو كان اشترى زقي سمن، أو قوصرتي تمر، أو جرتي زيت، أو جوالقي حنطة، واستحق أحدهما إن كان قبل القبض، فله أن يرد البيع كله، وإن كان بعد القبض، فليس له أن يرد الآخر، ولا يرجع إلا بحسب ما استحق، وكذلك سائر ما وصفت لك.

وفي "نوادر ابن سماعة": عن محمد رحمه الله تعالى رجل اشترى من رجل دارًا، وقبضها، فاستحق رجل نصفها، فأقام المشتري بينة أنه اشتراها من هذا المستحق، ولم يوقت وقتًا، قال: لا يرجع المشتري على البائع بثمن ذلك النصف إلى هذا رجل اشترى من رجل دارًا، فادعاها آخر، فاشتراها منه أيضًا، ولو أقام البينة أنه اشتراها منه بعد الاستحقاق، رجع على البائع الأول بنصف الثمن.

١٢٨٠٣- ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في "الإملاء": رجل اشترى من رجل أرضًا بيضاء، وبنى فيها بناء، ثم استحقت الأرض، وقضى القاضي على المشتري بهدم البناء، فهدمه، ثم استهلكه، فلا شيء على البائع من قيمة البناء، وهذا اختيار منه له، وإن لم يستهلكه، ولكن المطر أفسده، كان البناء صحيحًا، فصار طينًا، أو كسره رجل، فعلى البائع فضل ما بين النقض والبناء، وإن شاء البائع أخذ النقض على تلك الحالة، وأعطاه قيمة البناء مبنيًا، ويرفع عنها ما حدث في النقض من النقصان من كل وجه، فإن اختار هذا، فالمشتري بالخيار، إن شاء فعل، وإن شاء لم يفعل، وكذلك كل فساد يدخله بقصمان، أي بالجناية أحد[2]، فالمشتري بالخيار، والبائع بالخيار، فإن اتفقا على وجه من ذلك، أمضي بينهما، وإن

---

(١) وفي "م": أن يرجع على بائعه بالثمن، ووأيت في موضع آخر: للمشتري أن يرجع على بائعه.

(٢) هكذا في النسختين: "ف" و"م"، وكان في الأصل و"ظ": في بجناية أحد.

مختلفاً، ترك في يد المشتري، وضمن البائع فضل ما بين النقض إلى البناء، وإن كان النقصان من غير جناية أحد، فهو مثل ذلك في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى كان للمشتري أن يمسكه، ويرجع ما بين النقض إلى البناء، كما يمسك المفقود عيناه، ويرجع بالنقصان.

١٢٨٠٤ - رجل اشترى داراً، فبنى فيها، وغاب، ثم إن البائع باعها من رجل آخر، فنقض المشتري الآخر بناء الأول، وبنى فيها ثانياً، ثم جاء الأول، فهذه المسألة على وجهين: الأول: أن يكون الثاني بناها بآلات هي ملكه، وفي هذا الوجه يضمن المشتري الثاني للمشتري الأول حصة البناء من الدار العامرة، ونقض البناء الأول للمشتري الأول إن كان قائماً، وإن كان الثاني استهلكه، ضمن قيمة ذلك للمشتري الأول، وإن بنى بنقض الأول، فالمشتري الثاني يضمن للمشتري الأول حصة البناء من الدار العامرة، وللمشتري الأول أن يمسك البناء، وليس للمشتري الثاني رفعه؛ لأنه عين ملك الأول، وإن أراد المشتري الثاني في ذلك زيادة، أعطاه قيمة الزيادة من غير أن يعطي أجر العامل؛ لأن الزيادة عينها مال متقوم، فأما العمل، فلم يتقوم إلا بعقد، ولم يوجد العقد.

١٢٨٠٥ - وفي المأذون الكبير: اشترى أمة، واستولدها، واستحقها رجل بالبينة، وقضى على المشتري بقيمة الولد، رجع المشتري بذلك كله على بائعه، وفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا اكتسب اكتساباً، أو وهب لها، ثم استحقت، وقضي للمستحق بالكسب والهبة، حيث لا يرجع المشتري على البائع بالكسب والهبة، ولو اشترى أرضاً، وأحياها، أي عمرها، فاستحقت من يد المشتري، هل يرجع المشتري على البائع بما أنفق في عمارتها، ومرمتها، فلا رواية لهذه المسألة، وقيل لا يرجع؛ لأن الإحياء حصل بمصرف المنافع، والمنافع لا تتقوم إلا بالعقد.

وسئل شمس الإسلام[1] الأوزجندي رحمه الله تعالى عن رجل اشترى من آخر جارية، ثم ظهر أنها حرة، وقد مات البائع، ولم يترك شيئاً، ولا وارث له، ولا وصي، غير أن بائع الميت حاضر، قال القاضي: يجعل للميت وصياً حتى يرجع المشتري على وصي الميت، ثم وصي الميت يرجع على بائع الميت

سئل هو أيضاً عمن اشترى سكناً في دكان وقف، فقال المتولي: ما أذنت له بالسكنى، وأمرنا بالرفع، هل للمشتري أن يرجع على البائع؟ فقال: إن كان البيع بشرط القرار، يرجع لفوات الشرط، وظهور العيب، وإلا فلا رجوع له على البائع بوجه ما، لا بالثمن ولا بالنقصان

---

(1) وفي ط و ب: شيخ الإسلام.

أيضاً.

ذكر في "مجموع النوازل": في رجل اشترى من آخر أرضاً بعينها، وقبضها، فجاء مستحق، واستحقها بالبينة، وقضى القاضي بالأرض له، وطلب المشترى من البائع الثمن، فرد الثمن عليه، ثم ظهر فساد الدعوى، وفساد القضاء بفتوى الأئمة، هل للمستحق عليه أن يسترد تلك الأرض، ويقول: قد ظهر بطلان القضاء؟ قال: لا؛ لأن للمشتري لما رجع على البائع بالثمن، ورد البائع الثمن عليه، فقد فسخا العقد فيما بينهما بالتعاطي، فانفسخ العقد من كل وجه، وارتفع حكمه، فكيف يستردها، قال: ولو لم يرجع المشتري على البائع بعدما قضى القاضي بالأرض للمستحق، وفسخ العقد بينهما، ثم بعد ذلك ظهر بطلان قضاء القاضي، وبطلان الاستحقاق كان لهذا المستحق عليه استرداد الأرض في هذه الصورة؛ لأنه ظهر بطلان الفسخ بناء على ظهور بطلان القضاء، بخلاف الفصل الأول [هكذا ذكر، ويجب أن يكون هذا قول أبي يوسف أولا، وهو قول محمد، أما على قول أبي يوسف الآخر -وهو قول أبي حنيفة-: لا يكون للمستحق عليه استرداد الأرض، فالأصل عندهما أن قضاء القاضي إذا اعتمد شيئاً صحيحاً من حيث الظاهر، ثم ظهر عدم السبب من الأصل، لا يبطل القضاء، وهي مسألة قضاء القاضي في العقود، والفسوخ بشهادة الزور][1].

قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع الصغير": رجل اشترى جارية، فولدت عنده ولداً لا باستيلاده، ثم استحقها رجل بالبينة، أخذها وولدها.

١٢٨٠٦ - ولو أقر المشترى بالجارية لإنسان، أخذ المقر له الجارية، ولا يأخذ ولدها، والوجه في ذلك أن دعوى الملك المطلق دعوى الملك من الأصل، فتكون الشهادة بالملك [المطلق شهادة بالملك][2] من الأصل لأن الشهود إنما يشهدون على وفق الدعوى، فيكون القضاء بالملك المطلق؛ لأن القاضي يقضي بما يشهد به الشهود، والشهادة حجة مطلقة متعدية، فظهر الملك بالجارية عند القضاء بها في حقها، وفي حق الولد جميعاً، ولهذا قلنا: إن في القضاء بالملك المطلق [بالبينة][3] يرجع الباعة بعضهم على بعض، وطريقه ما قلنا: إن القضاء بالملك المطلق بالبينة يظهر الملك من الأصل [في حق الناس كافة، فأما القضاء بالملك بالإقرار

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

تبع بعدما انفصلت من الأصل][1]؛ لأن الإقرار حجة قاصرة، ألا ترى أن الباعة لا يرجع بعضهم على بعض.

ثم صححه: أن الإقرار ليس ثابتًا على موجب الاختيار، وثبوت الحرية فيه لصحته، والجارية ملك الأم، فيقضي بملك الأم في أدنى زمان يتصور فيه الملك، فيقضي بملك الأم بعد الانفصال عنه؛ لأنه متيقن، ولا يقضي به حال الاتصال؛ لأنه مشكوك فيه، ثم في فصل البينة هل يشترط قضاء على حدة بالولد، أو القضاء بالأم يكفي؟ اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: القضاء بالأم يكفي، وهكذا ذكر في الأقضية و المنتقى [2].

وقال بعضهم: يشترط قضاء على حدة بالولد، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى في موضع آخر، فإنه قال: إذا قضى بالأصل للمستحق، ولم يعلم بالزوائد، لم تدخل الزوائد تحت القضاء، [وكذلك إذا كانت الزوائد في يدي رجل آخر، وذلك الرجل غائب، ثم لم يدخل الزوائد تحت القضاء][3]، وهذا لأن القضاء بالزوائد مقصودة حقيقة، فلا بد من القضاء به [وعلى هذا إذا ادعى رجل نخيلا فيها ثمار، وأقام البينة على النخيل، استحق النخيل والثمار جميعًا][4].

١٢٨٠٧ - قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع الكبير: رجل اشترى ثوبًا، فقطعه وخاطه قميصًا، ثم ادعى رجل أن الثوب له، وأقام البينة، فقضى القاضي له بالقميص، لا يرجع المشتري على البائع بشيء.

الأصل في جنس هذه المسائل: أن الاستحقاق متى وقع على ملك البائع، يرجع المشتري على البائع بالثمن، ومتى وقع على حدوث الملك للمشتري، لا يرجع المشتري على البائع بالثمن، وهذا لأنه متى وقع الاستحقاق على ملك البائع لم يسلم المبيع للمشتري من جهة البائع، فلا يسلم الثمن للبائع؛ إذ البيع عقد معاوضة يقتضي السلامة بإزاء السلامة، ومتى وقع الاستحقاق على حدوث ملك المشتري، فالمبيع سلم للمشتري من جهة البائع، وإنما زال بسبب الحدوث من جهته، فلا يمنع سلامة الثمن للبائع، وإنما يعرف وقوع الاستحقاق على

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، ب، ف.

(2) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبت هذه العبارة من نسختي: ظ، ب، م.

(3) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبت هذه العبارة من نسختي: ظ، ب، م.

(4) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبت هذه العبارة من النسخة: م.

حدوث الملك للمشتري إذا حدث في العين ما يمنع الاستحقاق من الأصل.

إذا عرفت هذا الأصل، فنقول في هذه المسألة: الاستحقاق وقع على حدوث الملك للمشتري، لا على الملك من الأصل، إذ لو كان الثوب للمستحق من الأصل، لصار لمن خاطه، فإن من غصب ثوب إنسان، وخاطه قميصاً، ينقطع حق المالك، ويصير القميص للغاصب، فمن ضرورة استحقاق القميص أن يكون تلك حدث على ملك المشتري، وهذا لا يتبين أن المبيع لم يسلم للمشتري من جهة البائع، وكذلك لو اشترى حنطة فطحنها، ثم جاء رجل، وأقام البينة أن الدقيق له، يقضي القاضي بالدقيق للمستحق، ولا يرجع المشتري بالثمن على البائع؛ لأن الاستحقاق وقع على حدوث الملك للمشتري لما قلنا، فقد سوى بين الخياطة والطحن ههنا، وافترقا في حق صحة الزيادة، وإنما كان كذلك باعتبار أن المانع من صحة الزيادة هلاك المبيع، وما يطحن يهلك المبيع، وهي الحنطة، أما الخياطة لا يهلك المبيع؛ لأن المبيع هو الثوب، وبعد الخياطة الثوب باق، إنما المانع من الرجوع على البائع بالثمن حدوث معنى يمنع الاستحقاق من الأصل، والخياطة مع الطحن يستويان في حق هذا المعنى، وكذلك لو أن رجلاً غصب من رجل ثوباً، فقطعه وخاطه قميصاً، ثم جاء رجل، وأقام البينة أن القميص له، وأخذ القميص من الغاصب، لا يبطل الضمان الأول؛ لأن الملك لم يستحق من الأصل[1]، بل مقصور على يد صاحب اليد، لما قلنا في المسألة الأولى، فبقي ملك المغصوب منه [في الثوب غير مستحق، وقد امتنع رده على المغصوب منه][2] بسبب الخياطة، فيجب عليه قيمة الثوب، وكذلك الجواب في الحنطة يطحنها.

١٦٨٠٨ - ولو أن رجلاً اشترى شاة، فذبحها، وسلخها، فأقام رجل البينة أن اللحم والجلد والأطراف والرأس له، وأخذ ذلك كله، كان للمشتري أن يرجع على بائعه بالثمن؛ لأن الاستحقاق [باسم هذه الأشياء بمنزلة الاستحقاق باسم الشاة، وهناك يرجع المشتري على البائع؛ لأن الاستحقاق][3] ورد على الملك مطلق، ولم يوجد ههنا ما يمنع القضاء من الأصل؛ لأن حق المالك لا ينقطع عن العين بهذه الأشياء، فوجب القضاء بالملك من الأصل، فتبين أن الاستحقاق على ملك البائع، ولو كان هذا في الغصب، يبطل حق المغصوب منه عن

(١) هكذا في الأصل و... و... ، وكان في النسخة م : لأن الملك لم يستحق من الأصل بل الاستحقاق مقصور على صاحب اليد.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة م.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ... و م و ...

الضمان، لما ذكرنا أن بهذه الأشياء لا ينقطع حق المالك عن العين، فورود الاستحقاق على ملك المغصوب منه، فيرجع بطلان حقه عن الضمان، ولكنه يرجع الثاني على الغاصب بالضمان.

وكذلك لو اشترى ثوبًا فقطعه ولم يخطه، ثم استحق رجل الثوب المقطوع بالبينة، فإن المشتري يرجع بالثمن على البائع؛ لأن الاستحقاق ورد على ملك البائع، ولم يوجد ههنا ما يقطع حق المالك من الأصل؛ لأن مجرد القطع لا ينقض ملك المستحق. ولو كان هذا في الغصب، بأن غصب رجل ثوبًا فقطعه ولم يخطه، ثم استحقه رجل بالبينة، بطل حق الأول عن الضمان، إذ الملك صار مستحقًا من الأصل.

١٢٨٠٩ - ولو أن رجلاً غصب من رجل لحمًا فشواه، فأقام رجل البينة أن هذا اللحم المشوي له، فقضي به له، يرجع المغصوب منه على الغاصب بقيمته لحمًا؛ لأن الاستحقاق لم يثبت من الأصل، إذ لو جعل هذا الاستحقاق له من الأصل، لصار الغاصب مالكًا له بالشيء، [ومن ضرورة هذه البينة أن يجعل الاستحقاق مقصورًا على الحال، ويجعل كأن المغصوب منه كان مالكًا بالشيء، ثم الغاصب ملكه بالشيء][1]. ثم المستحق تملكه من جهته من الوجوه، ثم وجب في اللحم قيمة القيمة، فهذا دليل على أن اللحم مضمون بالقيمة، لا بالمثل.

وهذا فصل اختلف فيه المشايخ رحمهم الله تعالى فيه. قال بعضهم: هو مضمون بالمثل، وتأويل هذه المسألة على قولهم: إذا لم يوجد مثله. ولو كان هذا في الشراء بأن اشترى لحمًا فشواه، ثم أقام رجل بينة أنه قضي به له، لم يرجع على البائع بالثمن؛ لأن الاستحقاق مقصور على المشتري ها هنا، ولو أقام المستحق البينة في هذا كله أن ذلك اللحم قبل أن يشويه المشتري، وذلك ثوب قبل أن يخيطه المشتري، وذلك الحنطة قبل أن يطحنها المشتري، كان له أن يرجع على البائع بالثمن][2].

ولو كان هذا في الغصب بطل حق الأول عن الضمان؛ لأن الاستحقاق هنا ثبت من الأصل، وتبين أن المشتري أو الغاصب كان غاصبًا هذه الأشياء من المستحق، فكان ضامنًا للمستحق.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من [illegible].

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإذا أثبت هذه العبارة من السخ [illegible].

١٢٨١٠ - ولو أن رجلاً اشترى من رجل شاة، وذبحها، وسلخها، فأقام رجل البينة أن اللحم له، وأقام آخر بينة أن الجلد له، وأقام آخر بينة أن الرأس والأطراف له، وقضى القاضي بذلك، ودفع إلى كل واحد ما استحقه ببينته، لم يرجع المشتري على البائع بشيء؛ لأن هذا الاستحقاق مقصور على المشتري؛ لأن ثبوت هذه الأشياء على الافتراق لا يتصور إلا بعد الذبح [إذ لا يجوز أن يستحق كل واحد منهم جزءاً من الشاة، وهي حية، وإنما يجوز ذلك بعد الذبح][1]، فكان الاستحقاق مقصوراً على المشتري، ألا ترى أن المدعي لو أقام البينة على شيء من هذه بجملة أنه له، وأقام الذي في يده بينة على مثله أن صاحب اليد أولى؛ لأن ذا اليد أسبقهم تاريخاً؛ لأن صاحب اليد يثبت الملك لنفسه من الأصل، والخارج يثبت الملك لنفسه بعد الذبح، وهذا بخلاف ما إذا كان المدعي لهذه الجملة رجل واحد؛ لأن ذلك يصلح استحقاقاً من الأصل؛ لأن الواحد يجوز أن يستحق هذه الجملة من الشاة، والشاة حية، ألا ترى أن المدعي لو أقام البينة على ذلك، وذو اليد أقام البينة على مثله أن المدعي أولى.

١٢٨١١ - وكذلك على هذا لو أن رجلاً اشترى ثوباً، فقطعه قميصاً، ولم يخطه، فأقام رجل البينة أن الكمين له، وأقام آخر البينة أن الدخريص له، وقضى القاضي لهما، لا يرجع المشتري على البائع بالثمن، وإنما لا يرجع لما قلنا.

١٢٨١٢ - وفي «مجموع النوازل»: باع من آخر حمشوا على أنه ضربي يريد به أن لا يرجع عليه عند الاستحقاق، فإن المشتري أن يرجع عليه عند الاستحقاق؛ لأن الرجوع حق ثابت شرعاً في البيع الجائز والفاسد، وقيل: يجب أن يكون البيع بهذا الشرط فاسداً؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، ولأحد العاقدين فيه منفعة، فيكون للمشتري أن يسترد الثمن، ويكون للبائع أن يسترد المبيع بحكم فساد العقد، اكر دلال دلالي كرد، ثم استحق المبيع من يد المشتري، فالمشتري على من يرجع بالثمن، والجواب: اكر دلال خود بيع كرده باشد، مشتري بر دلال رجوع كند.

١٢٨١٣ - وفي صلح فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى: رجلان اشتريا من رجل عبداً صفقة واحدة، فاستحق نصف العبد، فهما بالخيار، إن شاءا أخذا نصف العبد، وإن شاءا تركا، فإن أخذا، كان لكل واحد ربع العبد، وإن سبق أحدهما بالأخذ، أخذ ربع العبد، ثم لا يكون للآخر حق الرد على البائع.

١٢٨١٤ - وفي «المنتقى»: رجل اشترى داراً، فقبضها، ثم خاصمه رجل في حائط بين

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبت هذه العبارة من جميع النسخ التي لدينا.

دار المشتري وبين دار الذي خاصمه، ولم يكن في الشراء للحائط ذكر، ولا شرط، فقامت البينة أن الحائط للجار، وقضى به القاضي، فأراد المشتري أن يرد الدار، قال: إن كان للمشتري على الحائط خشبة واحدة، أو أكثر، وليس للمستحق عليه خشبة أصلاً، فله أن يرد الدار، وإن أراد أن يمسك الدار، ولا يرجع بحصة كل الحائط على البائع فعل، وإن كان للذي استحق الحائط عليه جذوع [أيضاً، فإن شاء رد الدار، وإن شاء رجع بحصته من الحائط كله، وإن لم يكن للواحد منهما عليه جذوع][1] وكان متصلاً ببناء المشتري، رد الدار إن شاء، وإن شاء أمسك الدار، ورجع بحصة الحائط كله، وإن كان متصلاً بالبنائين جميعاً، بناء المشتري وبناء المدعي، رجع بحصة نصف الحائط، وإن شاء رد الدار، وإن لم يكن متصلاً ببناء واحد منهما، ولم يكن لواحد منهما عليه جذوع، فإنه لا يرد الدار، ولا يرجع بشيء على البائع إلا أن يكون سمى له الحائط في شرائه، فحينئذ يرجع بحصته، أو يرد الدار، وإن كان الحائط متصلاً ببناء الجار، وليس بمتصل ببناء المشتري، ولا جذوع للمشتري، فإنه لا يرد الدار، ولا يرجع بشيء، وإن كان للمشتري عليه سترة، فلما استحق الحائط، أمر برفعها والسترة قائمة في شرائه، كان له أن يرجع بنقصان عيب السترة، وإن شاء رد الدار، ولو كان للمشتري عليه هرادي، لا غير، فاستحق الحائط، لم يرجع بشيء، ولم يرد الدار، ولو كان الحائط متصلاً ببناء المشتري اتصال تربيع، وللجار عليه جذوع، فالحائط للمشتري، وللجار موضع جذوعه، وليس للمشتري أن يرجع على البائع بحصته موضع الجذوع في حق نفسه، ولكن يقال للمشتري: هذا عيب، فإن شئت فرد الدار، وإن شئت فخذها بجميع الثمن.

١٢٨٦٥ - ولو كان له مسيل ماء في دار، أو طريق، فاستحق ذلك، رد الدار، وليس هذا على حقوقه الواجبة، هذا وإن شاء أمسكها، ورجع بنقصان ذلك، ولو كان للدار كنيف شارع في الطريق، أو ظلة شارعة، فخاصم فيه أهل الطريق، فأمر القاضي برفعها، فرفع، لم يرجع على البائع بشيء، ولم يرد الدار، وليس هذا على حقوقه الواجبة، هذا في طريق المسلمين، وإن كان له باب في الطريق الأعظم، وباب في طريق غير نافذة، فأقام أهل ذلك الطريق بينة أنهم أعاروا البائع هذا الطريق، فأمره القاضي بسده، وقضى عليه، فهو بالخيار، إن شاء رد الدار، وإن شاء رجع بنقصان ذلك الطريق.

١٢٨٦٦ - رجل مات، وترك ابنين ودارًا، فادعى أحد الابنين أن أباه كان باع هذه الدار من هذا الرجل بألف درهم، وأنكر ذلك الرجل والابن الآخر، فأقام الابن المدعي البينة على ما

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبتت هذه العبارة من النسخ التي عندنا جميعاً.

١٢٨١٩ - ألا ترى أن العبد إذا قال لرجل : ارتهني ، فإني عبد ، فارتهنه ، فإذا هو حر ؛ لا يرجع المرتهن على العبد بدينه ، كذا هنا .

وجه ظاهر الرواية أن العبد ضمن للمشتري سلامة نفسه ، أو سلامة الثمن من نفسه متى تعذر استيفاؤه من البائع ، وقد تعذر الاستيفاء من البائع ، إذا غاب غيبة لا يدري أين هو؟ فيرجع المشتري بالثمن على العبد بحكم الضمان ، كالمولى إذا قال لأهل السوق : بايعوا عبدي هذا ، فإني قد أذنت له في التجارة ، فبايعوه ، ولحقه ديون ، ثم استحق العبد ، فإن أصحاب الديون يرجعون على المولى بالقيمة ، وجعل المولى ضامناً لهم سلامة حقوقهم من نفسه عند تعذر الاستيفاء من مالية العبد ، بيانه : أن المشتري إنما رغب في الشراء اعتماداً على أمر العبد إياه به ، وعلى إخباره أنه عبد ، فيجعل العبد ضامناً سلامة البدل عند عدم سلامة نفسه نفياً للغرور ، وإذا صار العبد ضامناً سلامة البدل عند عدم سلامة نفسه ، كان للمشتري حق الرجوع على العبد بحكم الضمان ، ويمكن جعل العبد ضامناً للسلامة ؛ لأن البيع معاوضة يستحق به السلامة ، فيمكن أن يجعل الآمر به ضامناً للسلامة على ما موجبه نفياً للغرور ، ولا كذلك الرهن ؛ لأنه شرع لملك الحبس من غير عوض ، فيصير بمقابله استيفاء لغير حقه من غير عوض ، فلا يمكن أن يجعل الآمر به ضامناً للسلامة ، أو نقول : الثمن يجب بالبيع ، فيجوز أن يكون الآمر به ضامناً ، أما الدين لا يجب بعقد الرهن ، بل هو واجب قبل عقد الرهن ، فلا يكون الآمر به ضامناً للسلامة .

ثم قول محمد رحمه الله تعالى في هذه المسألة : فإذا العبد حر يحتمل على أنه أراد به حرية الأصل ، ويحتمل أنه أراد به العتق العارض ، فإن كان المراد منه حرية الأصل ، ثبت أن التناقض لا يمنع صحة الشهادة على حرية الأصل ؛ لأن العبد في دعوى الحرية ههنا متناقض [والتناقض لعدم الدعوى ، ودعوى العبد عند أبي حنيفة مشترط](١) .

واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه ، قال بعضهم : التناقض في حرية الأصل إنما لا تمنع صحة الشهادة ؛ لأنه لو منع منع من حيث إنه اعدم الدعوى ، إلا أن دعوى العبد في حرية الأصل ليس بشرط بالاتفاق ، والخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله تعالى في العتق العارض [وبعضهم قالوا : دعوى العبد شرط عند أبي حنيفة في حرية الأصل ، وفي العتق العارض](٢) إلا أن التناقض لا يمنع صحة الدعوى في حرية الأصل ، فلا يمنع صحة

(١) هكذا في النسخ .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ ، م و ب

الشهادة، وفي العتق العارض يمنع صحة الدعوى، ويمنع صحة الشهادة، وإن كان المراد لما ذكر في الكتاب العتق العارض [ثبت أن التناقض في العتق اللاحق][1] لا يمنع صحة الدعوى عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه؛ لأنه لا بد من دعوى العبد للقضاء بحريته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، والتناقض في دعوى الحرية فيهما متناقض، والصحيح أن دعوى العبد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى شرط في حرية الأصل وفي العتق العارض، وأن التناقض لا يمنع صحة الدعوى وصحة الشهادة، لا في حرية الأصل، ولا في العتق العارض؛ لأن التناقض في حرية الأصل إنما لا يمنع لخفاء حالة العلوق، فإن الولد قد يجلب من دار الحرب صغيراً، ولا يعلم بحرية أبيه وأمه، فيقر بالرق، ثم يعلم بحرية أبيه وأمه، فيدعي الحرية، والتناقض متى كان طريقه طريق الخفاء لا يمنع صحة الدعوى، وكما يجري الخفاء في حرية الأصل، يجري الخفاء في العتق العارض؛ لأن المولى ينفرد بالإعتاق من غير علم العبد، فيجعل التناقض فيه عفواً.

أو نقول: التناقض إنما يؤثر فيما يحتمل النقض بعد ثبوته، وحرية الأصل لا يحتمل النقض بعد ثبوته، وكذا العتق العارض لا يحتمل النقض بعد ثبوته، فلا يكون التناقض فيه مانعاً صحة الدعوى [أو قبول البينة، ألا ترى أن التناقض في دعوى النسب لا يمنع صحته][2] حتى إذا أكذب الملاعن نفسه، يثبت النسب منه، كذا ههنا -والله أعلم-.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ و م و ف.

الفصل السابع عشر
في مسائل الاستبراء

١٢٨٢٠- قال محمد رحمه الله تعالى في «الأصل»: إذا اشترى جارية، وجب على المشتري أن يستبرئها بحيضة، والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس: «ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى[1] حتى يستبرئن بحيضة»[2]. والحكمة في ذلك تعرف براءة الرحم، وصيانة نفسه عن الخلط، والتحرز من أن يصير ساقيًا ماءه زرع غيره، لكن لا يمكن بناء الحكم على حقيقة هذا المعنى لبطونه، فبنى الحكم على السبب الظاهر، وهو استحداث ملك الرقبة واليد؛ لأن الصيانة إنما تجب عليه في تلك الحالة، لأن بملك الرقبة يقدر على الفعل شرعًا، وبملك اليد يقدر عليه حقيقة، فتعلق الحكم بهما، ثم يتعدى الحكم من المنصوص عليه، وهي المسبية إلى المشتراة لهذه العلة، ويستوي على ظاهر الرواية أن يكون البائع ممن يطأها، أو لا يطأها؛ لأن هذا الحكم بناء على استحداث حل الوطء بملك الرقبة واليد، وكذلك قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه في الجارية إذا كانت بكرًا إنه يجب[3] الاستبراء، وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنها إذا كانت بكرًا وقد أحاط علم المشتري أنها لم توطأ، لم يجب الاستبراء.

١٢٨٢١- وفي «المنتقى»: رجل وهب جارية لابنه الصغير، ومكثت في ملكه أربعة أشهر، ثم قومها على نفسه، واشتراها، فلا استبراء عليه عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: عليه الاستبراء، وإن كانت ممن لا تحيض لصغر، أو كبر، يستبرئها بشهر؛ لقيام الشهر في غير ذات الحيض مقام الحيض في ذوات الحيض، كما في العدة، وكما لا يجوز له أن يطأها، لا يقبلها، ولا يمسها بشهوة، ولا ينظر إلى عورتها؛ لأن هذه الأشياء دواعي إلى الوطء، والدواعي إلى الشيء يعطى له حكم ذلك الشيء، ويشترط في الاستبراء حيضة كاملة بعد استحداث ملك الرقبة واليد، حتى إن الحيضة قبل القبض لا

(١) والمراد به: غير الحبلى.

(٢) أخرجه أحمد في «مسنده» (١١٨٤١)، وذكره المباركفوري في «تحفة الأحوذي» (٥/٤١)، وابن قدامة في «المغني» (٦/٢٤٨).

(٣) هكذا في النسخ التي توجد لدينا، وكان في «الأصل»: لا يجب.

يجزئ بها عن الحيضة إلا في رواية أبي يوسف رحمه الله تعالى، لما ذكر أن هذا الحكم مبني على استحداث حل الوطء بملك الرقبة واليد جميعاً، لا على حقيقة تعرف براءة الرحم. ولو انقطع الحيض لعلة، قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى: لا يطأها حتى تمضي مدة لو كانت حبلى لظهر الحمل ثلاثة أشهر، وقال محمد رحمه الله تعالى: يعتبر أربعة أشهر وعشرة أيام، ثم رجع، وقال: شهران وخمسة أيام، وقال زفر: سنتان.

وروى المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في رجل اشترى جارية تحيض في السنة مرة واحدة، قال: عليه أن يستبرئها بحيضة، قيل له: قد كنت تقول قبل هذا بثلاثة أشهر، قال: والآن أقول بخلاف هذا، فسأل عمن اشترى جارية مستحاضة: لا يعلم حيضها، كيف يستبرئها؟ قال: يدعها من أول الشهر عشرة أيام.

ولو ملك جارية حاملا، لا يطأها حتى تضع حملها، وبعدما وضعت حملها لا استبراء عليه بالحديث الذي روينا، ولأن وضع الحمل في حق حصول المقصود - وهو تعرف براءة الرحم - فوق الحيضة، وإن وضعت حملها قبل القبض، فعليه الاستبراء، كما لو حاضت قبل القبض.

١٢٨٢٢ وإذا اشترى جارية لها زوج، ولم يدخل بها، وطلقها قبل أن يقبضها المشتري، فعلى المشتري أن يستبرئها بحيضة، هكذا ذكر في «الأصل»، وفي كتاب الحيل: أنه لا استبراء على المشتري، فعلى رواية كتاب الحيل اعتبر وقت الشراء، ووقت الشراء هي مشغولة بحق الغير، وعلى رواية «الأصل» اعتبر وقت القبض، وهو الصحيح؛ لأن وقت وجوب الاستبراء على المشتري وقت القبض وهي وقت القبض فارغة عن حق الغير، وإن كان الزوج طلقها بعد قبض المشتري، فلا استبراء على المشتري، وهذا هو الحيلة لإسقاط الاستبراء أن يزوجها البائع قبل البيع من رجل، أو يزوجها المشتري بعد الشراء قبل القبض، ثم يقبضها المشتري، ثم يطلقها الزوج، فلا يجب الاستبراء على المشتري؛ لأن وقت وجوب الاستبراء وقت القبض، ووقت القبض هي مشغولة بحق الزوج، فلا يجب عليه الاستبراء، وبعدما طلقها زوجها، وصارت فارغة عن حقه، لم يوجد السبب، وهو استحداث حل الوطء باستحداث ملك الرقبة واليد.

قال الشيخ الأجل الإمام شمس الأئمة الحلواني: إنه لا يجب الاستبراء على المشتري في هذه الصورة إذا كان البائع لا يطأها، أما إذا كان البائع يطأها، يجب الاستبراء تحرزاً عن سقي مائه زرع غيره، وهكذا روى ابن سماعة في «نوادره» عن محمد رحمه الله تعالى،

والمذكور ثمه.

١٢٨٢٣ - رجل اشترى جارية لها زوج، وقبضها، ثم طلقها الزوج قبل الدخول، فلا استبراء على المشتري، إلا أن يكون البائع زوجها بعد وطئه إياها قبل أن تحيض، فإني لا أحب للمشتري في هذه الصورة أن يطأها حتى تحيض، حتى لا يجتمع اثنان عليها في طهر واحد، وإن لم تكن تحت المشتري حرة، فلإسقاط الاستبراء حيلة أخرى، وهو أن يتزوجها المشتري قبل الشراء، ثم يشتريها ويقبضها بعدما، فلا يلزمه الاستبراء؛ لأن النكاح يثبت له عليها الفراش، وقد كانت فراشًا وهي امرأته، وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على فراغ رحمها من ماء الغير.

وفي المنتقى: رجل زوج أمة، ثم اشتراها، قال: أستحسن أن يستبرئها، رواه ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى، وروى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في هذه الصورة أنه لا استبراء عليه، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: عليه الاستبراء، وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني يقول: رأيت في كتاب الاستبراء لبعض المشايخ: أنه إنما لا يجب الاستبراء على المشتري في هذه الصورة أن لو تزوجها ووطئها، ثم اشتراها(١)؛ لأنه حينئذ يملكها وهي مشغولة بمائه، فأما إذا اشتراها قبل أن يطأها، فكما اشتراها يفسد النكاح، فصار كأنه ملكها بملك اليمين لا النكاح، فيجب الاستبراء لحق الشرع، وهو مستحدث حل الوطء بملك اليمين، وكان يقول: يحفظ هذا فإنه دقيقة. وإذا باع جارية، ولم يسلمها إلى المشتري حتى ترك(٢) المشتري البيع، فلا استبراء على البائع استحسانًا، وإذا ردها بالعيب بعد القبض، أو تقايلا بعد القبض، فعلى المشتري أن يستبرئها بحيضة.

١٢٨٢٤ - وإذا رجعت الآبقة، أو ردت المغصوبة، أو فكت المرهونة، أو عجزت المكاتبة، أو انفسخت الإجارة، لم يكن على المولى أن يستبرئ بلا خلاف، وإذا كان الخيار للمشتري، فردها بعد القبض، فليس على البائع أن يستبرئها](٣) عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، خلافًا لهما، وإذا رد القاضي البيع على البائع بفساد البيع، عليه أن يستبرئها، وإذا باع الغاصب الجارية المغصوبة من رجل، وقبضها المشتري، ثم استحقها المالك، إن لم يكن المشتري وطئها قبل الاستحقاق، فلا استبراء على المالك قياسًا واستحسانًا، وإن كان قد

(١) وفي م: اشتراها.

(٢) وفي ط: ترك.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من م و ط.

وطئها، إن علم بحالها أنها مغصوبة، فلا استبراء على المالك قياساً واستحساناً [(١) بعض، وإن] لم يعلم بحالها أنها مغصوبة، فالقياس أن لا يجب الاستبراء على المالك، وفي الاستحسان يجب، وإذا زوج الرجل أمة من إنسان، ثم مات الزوج عنها، فله أن يجامعها بعد مضي العدة، ولا استبراء عليه، وإن طلقها الزوج بعد الدخول، فله أن يجامعها بعد مضي العدة، ولا استبراء عليه، وإن طلقها الزوج قبل الدخول بها، فإن كان المولى لم يستبرئها بعد ما قبضها بحكم الشراء، ولم تحض عند الزوج، فعليه الاستبراء، وإن كانت قد حاضت عند الزوج، فلا استبراء على المولى، وإن كان المولى قد استبرأها بعد ما قبضها، ثم زوجها، وطلقها الزوج قبل الدخول بها، ولم تحض في يد الزوج، فلا استبراء على المولى، وهو الصحيح.

١٢٨٢٥ - وإذا تزوج جارية، وكان الزوج يطأها، لم يكن على الزوج استبراء في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يستبرئها بحيضة استحساناً، كيلا يؤدي إلى اجتماع ماء الرجلين على امرأة واحدة في طهر واحد، ولأبي حنيفة رضي الله تعالى أن عقد النكاح متى صح تضمن العلم ببراءة الرحم شرعاً، وهو المقصود من الاستبراء.

١٢٨٢٦ - وإذا أراد الرجل أن يبيع أمته، وقد كان يطأها، يستحب له أن يستبرئها، ثم يبيعها.

وإذا أراد الرجل أن يزوج أمته من إنسان، وقد كان يطأها، بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: يستحب له أن يستبرئها بحيضة، ثم يزوجها كما لو أراد أن يبيعها، والصحيح أن ههنا يجب الاستبراء، وإليه مال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى. بخلاف ما إذا أراد أن يبيعها، والفرق أن في فصل البيع يجب الاستبراء على المشتري، فيحصل المقصود به، فلا معنى للإيجاب على البائع، أما في فصل النكاح لا يجب الاستبراء على الزوج ليحصل به معنى الصيانة، فمست الحاجة إلى إيجابه على المولى.

وفي "المنتقى": الحسن عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه كره للرجل أن يبيع جارية كان يطأها حتى يستبرئها بحيضة، وإن كانت لا تحيض ابتداء أو كانت آيسة، فشهر، وإن ارتفع حيضها بعد الوطء، فأربعة أشهر، أو خمسة أشهر، وإن جامعها في الحيض، فلا يبيعها حتى تطهر من حيضة أخرى.

١٢٨٢٧ - وإذا زنت أمة الرجل، فليس عليه استبراء في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و ب و ف.

عنه، وقال محمد رحمه الله تعالى: أحب إلي أن لا يطأها حتى يستبرئها بحيضة، وروي عن محمد رحمه الله تعالى رواية أخرى أنه قال: يجب عليه الاستبراء، وإن من حملت من الزنا، لا يقربها حتى تضع حملها.

١٢٨٢٨ - وإذا كانت الجارية بين رجلين، اشترى أحدهما من صاحبه نصيبه، فعليه الاستبراء، وإذا وطئ الرجل أمته، ثم اشترى أختها، فله أن يطأ الأولى، ولا ينبغي له أن يطأها الثانية إذا استبرأها، كيلا يصير جامعا ماءه في رحم أختين، وإن لم يكن وطئ الأولى، فله أن يطأ أيتهما شاء، وإن وطئهما، أو قبلهما، أو لمسهما بشهوة، أو نظر إلى فرجهما بشهوة، فقد أساء؛ لأنه ارتكب المحرم، وهو الجمع بينهما في حق الوطء، والدواعي، ولا يطأ واحدة منهما بعد ذلك حتى يزول ملك الوطء عن الأخرى، هكذا ذكر في الأصل.

١٢٨٢٩ - وفي نوادر هشام: قال: سمعت محمدا رحمه الله تعالى يقول: في رجل عنده أختان، وطئهما، ثم باع إحداهما، ولم يستبرئ الذي باعها بحيضة قبل أن يبيعها، فإنه لا يقرب هذه حتى تحيض تلك.

وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل عنده أمتان أختان، وطئ إحداهما، فلا ينبغي له أن يطأ الأخرى، حتى تحرم الموطوءة حقيقة، ويخرجها عن ملكه. وفي قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: إذا أخرجها عن ملكه، وطئ الأخرى.

وفي القدوري: ذكر المسألة من غير ذكر خلاف، فقال: إذا أخرج التي وطئها عن ملكه جاز له أن يطأ الأخرى؛ لأن المحرم هو الجمع في الوطء، وقد زال ذلك بإبطال ملك المتعة

الفصل الثامن عشر
في بيع الأب والوصي والقاضي مال الصبي
وشراءهم له

١٢٨٣٠ - الواحد لا يصلح عاقدًا من الجانبين في عقود المعاوضات، لما فيه من رجوع الحقوق المتضادة، والأحكام المتنافية إلى الواحد، فإن البيع يوجب ضد ما يوجبه الشراء من الأحكام، فالواحد إذا صار بائعًا ومشتريًا، ترجع إليه أحكام متضادة، ألا ترى أنه يصير مطالبًا مطالبًا مسلمًا، ومتسلمًا، مستزيدًا، أو منتقصًا، وأنه ممتنع محال؛ ولأن المعاوضة توجب حقًا لكل واحد من المتعاقدين على صاحبه، فالواحد إذا صار بائعًا ومشتريًا، وجب الحق له على نفسه، وأنه ممتنع، والقياس في الأب كذلك، حتى لا يجوز بيع الأب ماله من ابنه الصغير، وشراءه مال ابنه الصغير لنفسه؛ لما قلنا: من الاستحالة، إلا أنهم استحسنوا، وجوزوا ذلك، وطريقه أن يجعل الأب رسولا عنه في التصرف، وأمكن جعل الأب رسولا عنه في التصرف لانتفاء التهمة عن تصرفه مع نفسه بسبب كمال الشفقة، وعبارة الرسول عبارة المرسل، فصار العقد قائمًا بعبارتين معنى كأن الأب باع من ابنه وهو بالغ، ثم تحمل العهدة عنه بحكم الأبوة لعجزه عنها، فلا يؤدي إلى التضاد في الأحكام؛ لأنه إنما يؤدي إلى التضاد في الأحكام لو كان لحوق العهدة للأب بحكم العقد، ولهذا لو بلغ الصغير، كانت العهدة عليه، بخلاف الوكيل؛ لأنه لم يوجد في حق الوكيل سبب لتحمل العهدة عليه سوى العقد، وكان لحوق العهدة بحكم العقد، فجاء التضاد، أما هنا فبخلافه على أنا نقول: بأن هذا العقد لا يوجب التسليم والتسلم والمطالبة [ليصير الواحد مسلمًا ومستلمًا، مطالبًا ومطلبًا؛ لأن الصغير في يد الأب وماله في يد الأب، فالبيع والشراء صادف محلا مسلمًا، فلا يجب التسليم والتسلم والمطالب][1]، فلا يتحقق من التضاد في الأحكام، واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في أنه هل يشترط لتمام هذا العقد الإيجاب والقبول، والصحيح أنه لا يشترط حتى إن الأب لو قال: بعت هذا من ولدي فلان بكذا، وقال: اشتريت هذا من مال ولدي بكذا، فإنه يتم العقد، ولا يشترط أن يقول: بعت هذا من ولدي، واشتريت، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى في "الزيادات"، وهذا لأنه لا معتبر بالقبول عند وجود الرضا، كما في فصل التواطئ،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من م.

والرضاء يتم بقوله : بعت هذا العين من ولدي ، فلا يعتبر القبول ، ويجوز هذا البيع من الأب بمثل القيمة ، وبما يتغابن الناس فيه .

وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه لا يجوز إلا بمثل القيمة ، فعلى هذه الرواية [ثم][1] يتحمل الغبن اليسير من الأب [تصرفه مع نفسه ، وفرق بين تصرفه مع نفسه وبين تصرفه مع الأجانب ، وعلى ظاهر الرواية : ولا بين تصرفه مع نفسه وبين تصرفه مع الأجانب ، فيحمل الغبن اليسير][2] في تصرفه في الوجهين جميعاً ، ووجهه أن الغبن اليسير إنما يتحمل في تصرفه مع الأجانب ؛ لأن التحرز عنه غير ممكن ، هذا المعنى موجود في تصرفه مع نفسه ، والجواب : الجد عند انعدام الأب بمنزلة الأب ، ولو كان له ابنان صغيران ، فباع مال أحدهما من الآخر [بأن قال : بعت عبد ابني فلان من ابني فلان ، جاز ؛ لأنه لو باع مال أحدهما من نفسه يجوز ، فكذا إذا باع من الآخر][3] وإذا بلغا فالعهدة عليهما ، وهو الصحيح ؛ لأن لحوق العهدة الأب بطريق التحمل عنهما لعجزهما عن التحمل بأنفسهما ، وبالبلوغ ارتفع العجز ، وكانت العهدة عليهما .

وفي «الهارونى» : وفي الثمن الذي لزم الأب بشراء مال ولده الصغير لا يبرأ الأب منه حتى ينصب القاضي وكيلا عن الصغير ، فيقبضه عن الأب للصغير ، ثم بعد قبضه يأمره القاضي برده على الأب حتى يكون في يده عن ابنه وديعة .

١٢٨٣٦ - وفي «الفتاوى» : الأب إذا باع مال الصغير من أجنبي بمثل القيمة ، فالمسألة على ثلاثة أوجه : إن كان الأب محموداً عند الناس ، أو كان مستوراً الحال ، يجوز ، حتى لو كبر الابن لم يكن له أن ينقضه ؛ لأن الأب له شفقة كاملة ، ولم يعارض هذا المعنى معنى آخر ، فكان هذا البيع نظراً ، فيجوز ، وإن كان الأب فاسداً عند الناس إن باع العقار ، لا يجوز ، حتى لو كبر الابن له أن ينقضه ، قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في «واقعاته» : هو المختار ، إلا إذا كان خيراً للصغير ، بأن باع بضعف قيمته ؛ لأنه عارض ذلك المعنى معنى آخر ، فكان هذا البيع نظراً ، وإن باع ما سوى العقار من المنقولات ، ففيه روايتان ، في رواية يجوز ، ويؤخذ الثمن منه ، ويوضع على يد عدل ، وفي رواية لا يجوز ، إلا إذا كان خيراً للصغير ، قال الصدر

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه الكلمة من «م» و«ب» .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه العبارة من «م» .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و م وب .

الشهيد : وهو المختار .

وفي وصايا "المنتقى" عن إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى : بيع الأب المفسد جائز ، فيؤخذ الثمن منه ، ويوضع على يدي عدل من غير فصل بين العقار والمنقول .

١٢٨٣٦ - الوصي إذا باع مال اليتيم من نفسه ، أو باع مال نفسه من اليتيم ، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : إذا كان فيه منفعة ظاهرة لليتيم ، يجوز ، وإن لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتيم ، لا يجوز ؛ وعلى قول محمد رحمه الله تعالى ، وأظهر الروايتين عن أبي يوسف : لا يجوز على كل حال ، واختلفوا في تفسير المنفعة الظاهرة على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ، بعضهم قالوا : أن يبيع من الصبي من مال نفسه ما يساوي ألف درهم [بثمانمائة ، ويبيع من مال الصبي من نفسه ما يساوي ثمانمائة درهم بألف درهم .

وقال بعضهم : أن يبيع من الصبي من مال نفسه ما يساوي ألفاً][1] بخمسمائة ، ويبيع من مال الصغير ما يساوي خمسمائة بألف ، وبعضهم قالوا : أن يبيع من مال الصبي من نفسه ما يساوي ألفاً بألف وخمسمائة ، والصحيح قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ؛ لأن الوصي مختار الأب بعد وفاته ، وهو حال عجزه عن المراقبة بنفسه ؛ فالظاهر هو الاستقصاء في النظر ، واختيار من هو أشفق الناس على الصغير ، فينزل الوصي منزلة الأب ، إلا أن شفقة الوصي لاتكون نظير شفقة الأب ، فشرط في تصرفه مع نفسه المنفعة الظاهرة ، ولم يشترط تصرف الأب مع نفسه المنفعة الظاهرة ، ثم إذا جاز بيع الوصي من نفسه على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه هل يكتفي بقوله بعت واشتريت ، كما في الأب ، أو يحتاج إلى الشطرين[2] ؟ لم يذكر محمد هذا الفصل في شيء من الكتب .

وذكر الناطفي في "واقعاته" : أنه يحتاج في [إلى الشطرين][3] ، بخلاف الأب ، وذكر للفرق ثمه وجهاً فقال : ولاية الأب ثبت شرعاً بلا قبول ، فكذا يجوز بيعه بلا قبول ، وولاية الوصي ما ثبت شرعاً بلا قبول ، فكذا لا يجوز بيعه بلا قبول .

قال الناطفي ثمه : رأيت هذه المسألة فيما علق على بن الحسن ، فكأنه أبو الحسن

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف .

(٢) هكذا في نسخ المراد التي عندنا ، وكان في الأصل : "الشطرين" .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف .

الكرخي

١٢٨٣٣ - وفي "واقعات الناطفي" أيضاً: الوصي إذا أمره إنسان أن يشتري شيئاً من مال الصغير، فاشتراه له، لا يجوز، بخلاف ما إذا اشتراه لنفسه على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، والفرق أنه إذا اشتراه لنفسه، فحقوق العقد من جانب اليتيم راجع إلى اليتيم، ومن جانب الوصي راجع إليه، فلا يؤدي إلى التضاد، وإذا اشترى لغيره، فحقوق العقد من جانب اليتيم راجع إلى الوصي، ومن جانب الآمر كذلك، فيؤدي إلى التضاد.

الصبي المأذون إذا باع مال نفسه من الوصي، فهو كبيع الوصي مال نفسه، وقد اعتبر في تصرفه مع الوصي جهة النيابة عن الوصي كأن الوصي تولاه بنفسه.

١٢٨٣٤ - ولو باع الصبي المأذون من الأجنبي بغبن فاحش، يجوز عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، واعتبر أبو حنيفة في تصرفه مع الأجنبي جهة المالكية والأصالة، لا جهة النيابة، فإن الوصي لو باع مال الصغير من أجنبي بغبن فاحش، لا يجوز، وهما اعتبرا جهة النيابة في تصرفه مع الأجانب أيضاً، حتى قالا: لو باع الصبي ماله من أجنبي بغبن فاحش، لا يجوز، كما لا يجوز لو باع الوصي.

القاضي إذا باع مال اليتيم من نفسه، ذكر في "السير": أنه لا يجوز، وأشار إلى المعنى، فقال: لأن بيعه منه نوع قضاء، وهو إنما استفاد القضاء من جهة غيره، فما تم ذلك إلا به وبغيره، فكذا العقد الذي يعقده القاضي لا يتم إلا به وبغيره، وذكر "الناطفي" [في واقعاته: القاضي إذا اشترى من الوصي مال اليتيم لنفسه جاز، وإن كان القاضي جعله وصياً؛ لأن الوصي نائب عن الميت لا عن القاضي، وذكر "الناطفي"][١] في "كتاب الأجناس": ما ذكر محمد رحمه الله تعالى في "السير الكبير": من عدم جواز بيع القاضي من نفسه، فذلك قوله خاصة، أما على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: ينبغي أن يجوز.

١٢٨٣٥ - وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن القاضي إذا اشترى من مال اليتيم لنفسه شيئاً، فهو بمنزلة الوصي، فإذا رفع إلى قاض آخر، نظر فيه، فإن كان خيراً لليتيم أجازه، وإلا لم يجزه، وكره للقاضي شراء الأب إذا اشترى لابنه الصغير شيئاً، ونقد الثمن من مال نفسه، وأشهد على نفسه، إنما نقد عنه ليرجع في ماله، ذكر في البيوع إملاءً، وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى: أن له الرجوع عليه.

واختلفت الروايات في اعتبار وقت الإشهاد، قال في البيوع إملاء: يعتبر الإشهاد وقت

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبت هذه العبارة من "م".

الشراء. وقال في «نوادر ابن سماعة»: يعتبر الإشهاد وقت نقد الثمن، وإن نقد عنه الثمن، ولم يشهد على الرجوع، فإنه لا يرجع على الابن، نص عليه في البيوع إملاءً.

وفي «نوادر ابن رستم»: عن محمد رحمه الله تعالى: إذا لم يشهد الأب على الرجوع، لكنه نوى الرجوع، ونقد الثمن على هذه النية، وسعه الرجوع فيما بينه وبين الله تعالى، ولو كان مكان الأب وصياً، فله حق الرجوع أشهد على ذلك، أو لم يشهد، وكذلك الجواب في مهر امرأة الابن الصغير.

١٢٨٣٦ - وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: في رجل اشترى داراً لابنه الصغير، فعلى الأب أن ينقد الثمن، وإن مات قبل أن ينقده، فهو من ماله خاصة، ولا يرجع به في مال الابن، وقال: ولو كان ما يشتري الأب يجبر عليه، لرجع بثمن الكسوة والطعام عليه، وكذلك كل دين لزم الصبي في حاجته، فقضاه الأب، وأداه، لم يرجع [به][1] على الابن استحساناً، وهو متطوع فيه.

١٢٨٣٧ - ولو اشترى لابنه داراً، وأشهد عند عقد البيع أنه يرجع عليه بالثمن، كان له أن يرجع به عليه، وكذلك كل شيء يشتريه مما لا يجبر الأب عليه.

وكذلك كل دين كان على الابن، وضمنه الأب يريد به أنه إذا أشهد أنه يرجع عليه، فله أن يرجع عليه بالأداء.

وفي «المنتقى»: عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن ما اشتراه الأب لابنه إن كان شيئاً يجبر الأب عليه، بأن كان طعاماً، أو كسوة، ولا مال للصغير، لا يرجع الأب عليه، وإن أشهد أنه يرجع عليه، كان له أن يرجع، وإن لم يشهد، لا يكون له أن يرجع، وعن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه فيما إذا اشترى داراً، أو ضيعة، أو مملوكاً لابنه الصغير إن كان للابن مال، فالرجوع على الابن على التفصيل الذي ذكرنا، وإن لم يكن له مال، لا يرجع عليه أشهد عليه، أو لم يشهد، فكان هذا صلة منه لابنه.

وروى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: أن الأب إذا اشترى لابنه الصغير ثوباً، ودفعه إلى الصغير في صحته، ونقد الثمن في مرض موته، لا يرجع على الابن بشيء؛ لأن الذي تبرع به الأب على الابن الثوب، وقد أمضاه في حالة الصحة.

١٢٨٣٨ - وفي «نوادر هشام»: عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى.

[1] ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م و ب.

الأب إذا باع لابنه الصغير ما ثمنه عشرة دراهم ، جاز ، وإن اشترى له ما ثمنه درهم بعشرة لا يجوز .

وفي "الأصل" : سوى بين البيع والشراء ، ولم يجوزهما في هذه الصورة وأشباهها ؛ لأن تصرف الأب مقيد بشرط عدم الضرر ، وقد تحقق الضرر هنا ، وعلى هذه الرواية فرق بين البيع والشراء ، فلم يجوز الشراء لمكان التهمة ؛ لأن الأب يضيف الشراء إلى نفسه ، فيتهم من حيث إنه اشترى لنفسه ، فلما وجد فيه عيباً أظهر الشراء للابن ، ومثل هذه التهمة لا توجد في جانب البيع ، والداعي إلى النفاذ موجود ، فينفذ .

١٢٨٣٩ - وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى : في رجل باع عبد ابنه الصغير من رجل بألف درهم ، ثم قال في مرضه : قد قبضت من فلان الثمن ، ثم مات من مرضه ، لم يجز إقراره ، عطل ، فقال : لأنه كان ضمن لابنه ألف درهم في مرضه ، وأقر له بها في ماله ، ومعنى هذا الكلام أن الأب بإقراره بالاستيفاء من المشتري أقر للابن بمقدار الثمن في ماله ، وإقرار المريض لابنه لا يصح ، فصار وجوده كعدمه ، وكان للوصي أن يأخذ الثمن من المشتري ، كما لو لم يوجد هذا الإقرار من المريض ، ولو كان قال في مرضه : قد قبضتها من فلان ، فضاعت ، كان مصدقاً .

ولو قال : قبضتها ، واستهلكتها ، لم يكن مصدقاً ، ولا يبرأ المشتري منها ؛ لأنه لما ادعى الضياع ، فما أقر للابن شيئاً من ماله ، بخلاف ما إذا ادعى الاستهلاك ، ولا يكون للمشتري إذا أخذ منه الثمن أن يرجع على الأب ، أو في ماله ؛ لأن ذلك الإقرار قد بطل ، وإقراره قد بطل[1] ، ولا يبنى عليه الحكم .

١٢٨٤٠ - وفي "المنتقى" : اشترى من ابنه الصغير عبداً ، والعبد في يد الأب ، فمات العبد ، فهو من مال الابن حتى يأمره الوالد[2] بعمل ، أو يقبضه ، فهو بمنزلة عبد اشتراه ، وهو وديعة عنده ، وهذا لأن العبد في يد الأب أمانة وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الشراء .

وفي الباب الثاني من بيوع "الجامع" : إذا أرسل غلامه في حاجته ، ثم باعه من ابنه الصغير ، جاز ، ولا يصير الأب قابضاً له عن ابنه بمجرد البيع حتى لو هلك الغلام قبل أن يرجع إلى الوالد ، فذلك من مال الوالد ، بخلاف ما إذا وهبه منه ، حيث يصير قابضاً له عن الابن بنفس الهبة ، حتى لو هلك الغلام قبل أن يعود ، فذلك من مال الولد ، وإن لم يمت الغلام في

(١) هكذا في جميع النسخ التي توجد لدينا ، والظاهر أنه تكرار ، فتأمل .

(٢) هكذا في النسختين : "م" و "ف" ، وكان في الأصل والنسخة "ظ" : الولد مكان الوالد

مسألة البيع، حتى يرجع إلى الوالد، ويمكن من قبضه صار قابضاً له عن ولده إن كان الولد لم يبلغ بعد، وإن لم يرجع الغلام حتى بلغ الولد، ثم رجع إلى الوالد، ويمكن الوالد من قبضه، لا يصير قابضاً له عن ولده، حتى لو هلك هلك على الوالد. والأصل أن الأب إذا اشترى لابنه الصغير شيئاً، فما دام الابن صغيراً، فحق القبض للأب، وإذا بلغ الابن، فإن كان الأب قد اشترى من الأجنبي، فحق القبض للأب، وإن كان قد اشترى من نفسه، فحق القبض للابن.

١٢٨٤١ - وفي "الهارونى": إذا باع الأب داره من ابنه في عياله، والأب ساكن فيها، لا يصير الابن قابضاً حتى يفرغها الأب، حتى لو انهدمت الدار، والأب فيها يكون من مال الأب، وكذلك لو كان فيها متاع الأب، أو عياله، وهو غير ساكن فيها، فإن فرغها الأب، صار الابن قابضاً، فإن عاد الأب بعد ما تحول عنها، فسكنها، أو جعل فيها متاعاً له، أو سكنها عياله، وكان غنياً، صار بمنزلة الغاصب.

١٢٨٤٢ - وفيه أيضاً: لو باع الأب من ابنه الصغير جبة له، وهي على الأب، أو طيلساناً هو لابسه، أو خاتماً في أصبعه، لا يصير الابن قابضاً حتى ينزع الأب ذلك، وكذلك الدابة والأب راكبها حتى ينزل عنها.

ولو قال الأب: أشهدوا أني قد اشتريت جارية ابني هذه بألف درهم، والابن صغير في عياله، جاز الشراء، وصار الأب قابضاً للجارية إن كانت في يده، والثمن دين عليه، لا يبرأ إلا بالطريق الذي قلنا.

١٢٨٤٣ - قال في "الزيادات": وصي اليتيمين إذا باع مال أحدهما من الآخر، لا يجوز، أما على قول محمد رحمه الله تعالى؛ وأظهر الروايتين عن أبي يوسف: فلأن الوصي إنما يقوم بالعقد في الطرفين باعتبار منفعة ظاهرة، وههنا لا يظهر النفع في حق أحدهما إلا بظهور الضرر في حق الآخر، وكذلك لو أذن الوصي لهما في التصرف، فباع أحدهما ماله من الآخر لم يجز.

وكذلك لو أذن لعبدين يتيمين بالتصرف، فباع أحدهما ماله من الآخر، لم يجز؛ لأنهما استفادا الولاية من جهة الوصي، والوصي لو فعل ذلك بنفسه لا يجوز، فكذلك إذا فعل من استفاد الولاية من جهته.

١٢٨٤٤ - وفيه أيضاً: إذا وكل الرجل رجلاً ببيع عبد له من ابنه، أو بشراء عبد الابن للأب، والابن صغير لا يعبر عن نفسه، ففعل الوكيل ذلك، لا يجوز، لما ذكرنا أن الواحد لا

يصلح عاقدًا من الجانبين في عقود المعاوضات، وإنما ورد الشرع به في حق الأب بجعل الأب رسولًا بحكم كمال الشفقة، وليس للوكيل مثل تلك الشفقة، فلا يصير رسولًا، فيكون العقد ثمة بعبارة واحدة. وإن كان الأب حاضرًا، فقيل: من الوكيل يجوز، وتكون العهدة من جانب الابن على الأب، ومن جانب الأب على الوكيل، وقيل على العكس؛ لأن جعل الأب متصرفًا عن نفسه أولى؛ لأن الأصل في الإنسان أن يكون متصرفًا لنفسه، والأول أصح؛ لأن تصرف الأب عن نفسه مباح، وعن الصغير فرض، وإيقاع تصرفه عن الفرض أولى من إيقاعه عما هو مباح. ولو كان له ابنان، فوكل رجلًا حتى باع مال أحدهما من الآخر، لا يجوز [وقال في الكتاب: ألا ترى أنه لو كانا كبيرين، فوكلا رجلًا، حتى باع أحدهما من الآخر لا يجوز][1]، وهذا جواب عن سؤال لم يذكر أن الوكيل قائم مقام الموكل، والأب لو باع مال أحدهما من الآخر، لا يجوز، فأما إذا وكل رجلًا بذلك، يجب أن يجوز. أشار فيما ذكر من الاستشهاد إلى أنه يجوز أن يملك الإنسان مباشرة تصرف بنفسه، ولا يملك تفويضه إلى غيره.

ولو وكل الأب رجلًا بالبيع، ووكل رجلًا آخر بالشراء، فتبايع الوكيلان يجوز؛ لأن العقد قائم بالاثنين، وبه ثبت الاستحسان.

١٢٨٤٥ - وذكر هشام: أن الأب إذا اشترى عبد ابنه الصغير لنفسه شراء فاسدًا، فمات العبد قبل أن يستعمله الأب، أو يقبضه، أو يأمره بعمل مات من مال الصغير، فقد عرف أن البيع الفاسد لا يفيد الملك بنفسه، بل يتوقف ذلك على القبض، والأبوة لا تجعل قبضًا، بل يشترط القبض الحسي الذي يصير به ضامنًا مال الغير حتى يصير مضمونًا بالقيمة، ويملكه بها. وقد ذكرنا قبل هذا أن بالتخلية في البيع الفاسد يقع القبض، ولو باع عبدًا من ابنه الصغير بيعًا فاسدًا، ثم أعتقه الأب جاز عتقه؛ لأنه لا يخرج عن ملك الأب بمجرد البيع، فقد أعتق ملك نفسه، فينفذ عتقه.

وفي نوادر ابن سماعة: عن محمد رحمه الله تعالى لا يجوز أمر والد المعتوه عليه حتى تمضي سنة من يوم صار معتوهًا، قال: ولا أحفظ فيه عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى شيئًا. قال ابن سماعة: كان محمد رحمه الله تعالى وقت في ذلك شهرًا، ثم بعده رجع عن ذلك، ووقته بسنة، وكل جواب عرفته في المعتوه، فهو بمنزلته في المجنون؛ لأنهما يستويان في حق الأحكام.

١٢٨٤٦ - وفي نوادر هشام: عن محمد رحمه الله تعالى: وصي يتيم باع غلامًا لليتيم

(١) ما بين معقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ و ب.

قيمته ألف درهم [بألف درهم](١) على أن الوصي بالخيار ، فإن زادت قيمة العبد في مدة الخيار ، فصارت ألفي درهم ، فليس للوصي أن ينفذ البيع ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى .

١٢٨٤٧ - وفي « الأمالي » عن محمد رحمه الله تعالى : رجل مات وعليه دين ، وترك عبداً لا مال له غيره ، وترك ابناً صغيراً ، أو كبيراً ، لا وارث له غيره ، وقيمة العبد أكثر من الدين ، فباع القاضي العبد للغرماء ، واشترط الخيار ثلاثاً ، فأجاز الابن البيع وهو كبير ، فإجازته باطلة ، إلا أن يقضي الدين ، وإن مات الابن في وقت الخيار انتقض البيع ، ولو أن وصي يتيم باع عبد اليتيم ، واشترط الخيار ثلاثة أيام ، ثم مات اليتيم في وقت الخيار ، جاز البيع ، وكذلك الوالد ، وعلل فقال : لأن العبد ههنا تبع للصغير ، وفي الوجه الأول تبع لغير مولاه ، أراد بالوجه الأول فصل بيع القاضي .

١٢٨٤٨ - قال محمد رحمه الله تعالى في « الزيادات » : اشترى الأب لابنه الصغير من مال الصغير ذات رحم محرم من الصغير : لا ينفذ على الصغير ؛ لأن تصرف الأب في مال الصغير مقيد بقيد النظر ، والأحسن ، وليس من النظر للصغير أن يشتري له من يعتق عليه ، فلا ينفذ على الصغير ، ولكن ينفذ على الأب ، وكذلك لو اشترى لابنه الكبير المعتوه من مال المعتوه ذات رحم محرم من المعتوه ، لا ينفذ على المعتوه ، وينفذ على الأب ، فبعد ذلك إن كان المشتري قريباً من الأب ، عتق الأب بحكم قرابته ، وإن كان أجنبياً منه ، كأم الصغير والمعتوه ، أو أختيهما ، أو أخيهما ، لا يعتق عليه ، والوصي فيما ذكرت نظير الأب ، لكونه قائماً مقام الأب .

١٢٨٤٩ - ولو اشترى الأب أو الوصي للمعتوه جارية ، وقد كان استولدها بحكم النكاح ، فالقياس أن لا يجوز على المعتوه ، وبالقياس أخذ محمد رحمه الله تعالى ، ووجهه أنه لو صح هذا الشراء على المعتوه ، يتضرر به المعتوه ، وفي الاستحسان : يجوز على المعتوه شراء واحدة من ذلك ؛ لأن فيه نظراً للمعتوه ؛ لأنه يدخل في ملكه من يطأها ، وتقوم بخدمته ، وشراء هذه أنفع له ؛ لأنها أشفق عليه ، وأهدى إلى خدمته ، والمحققون من مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا : وجه القياس أقوى ؛ لأن هذه الحاجة تندفع بالمنكوحة ، وبالجارية التي يمكن بيعها ، فلا حاجة إلى شراء هذه ، وفيه ضرر بالمعتوه على نحو ما بينا ، واستقبح محمد رحمه الله تعالى قول من أخذ بالاستحسان ، وقال : من أخذ بالاستحسان يجوز هذا التصرف في

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و ب و ف .

الواحدة [لا في ما زاد عليها، وهذا أمر قبيح؛ لأن هذا التصرف إن كان داخلاً في ولاية الأب، لم يتقيد بالواحدة][1]، وإن لم يكن داخلاً لم يتقيد بالواحدة، ومشايخنا رحمهم الله تعالى أجابوا عن هذا، وقالوا: جواز هذا الشراء[2] ودخوله في ولاية الأب والوصي باعتبار حاجة معتبرة، وبالواحدة تندفع حاجته، فلا يجوز شراء غيرها، وروي عن محمد رحمه الله تعالى في الأمالي: أنه رجع إلى الاستحسان.

ومما يتصل بهذا الفصل:

١٢٨٥٠- المريض إذا باع ما يساوي ألف درهم بخمسمائة من الأجنبي، ولا مال له سواه، يصير محابياً بقدر خمسمائة، فينفذ المحاباة بقدر الثلث، ثم يقال للمشتري: إما أن تبلغ الثمن إلى تمام ثلثي الألف، ولا يرد شيئاً من المبيع، وإما أن يفسخ العقد، وهذا إذا لم يكن على الميت دين، فإن كان على الميت دين يحيط بماله، فإنه لا ينفذ محاباته في حق الغرماء أصلاً، لا فيما زاد على الثلث، ولا بقدر الثلث، ولا يتحمل منه لا الغبن الفاحش، ولا الغبن اليسير، غير أن في حق الغرماء لا يصح، وفي حق الوارث يعتبر من الثلث، وهذا لأن المريض مرض موت يتصرف في محل تعلق به حق الغير، وهو الغريم والوارث، ولم يوجد منهم الأمر بالتصرف، إما لأنه لا يتفرغ لذلك لمشقة نفسه، أو لأنه لا يقدر على ذلك، إلا أن الشرع رخص له في التصرف على وجه لا يؤدي إلى إبطال حق الغير، والرخص قد يتعلق جوازه بما يتعذر الاحتراز عنه، بخلاف المطلوب، فلا يحتمل منه إلا اليسير، ولا الفاحش

١٢٨٥١- وإذا باع عيناً من أعيان ماله من وارثه عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لا يصح أصلاً من غير إجازة باقي الورثة سواء حابى، أو لم يحاب، بل باع بمثل القيمة، أو بأضعاف القيمة؛ لأنه وصية، ولباقي الورثة حق النقض، وعندهما يصح البيع بمثل القيمة، أو بأضعافها، والوارث إذا باع عيناً من أعيان ماله من المورث المريض بمثل القيمة، فكذلك الجواب عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه.

في مأذون الكبير لشيخ الإسلام في باب إقرار العبد لمولاه: فإن باع المأذون من وارثه شيئاً، وحابى ذكر شيخ الإسلام في شرح المأذون: أن عندهم لا تصح المحاباة أصلاً، أجازت الورثة، أو لم يجيزوا، ويقال للمشتري: إما أن يبلغ الثمن إلى تمام القيمة وإلا يفسخ.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

(٢) هكذا في م، وكان في الأصل و[illegible] [illegible] الشرط.

١٢٨٥٢ - وفي الزيادات: أن نفس البيع من الوارث لا يصح من غير إجازة الورثة عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وعندهما يصح من غير إجازة الوارث، والمحاباة مع الوارث لا تصح إلا بإجازة باقي الورثة وهو الصحيح؛ لأن المحاباة وصية بلا خلاف، والوصية للوارث لا تجوز إلا بإجازة بقية الورثة بلا خلاف [وفي المزارعة الكبيرة في شرح شيخ الإسلام: أن المريض إذا اشترى شيئاً من وارثه بمعاينة الشهود، وأعطاه الثمن كان جائزاً إذا لم يكن فيه محاباة، كما لو باعه من أجنبي. قال: ما ثبت معاينة، فالوارث والأجنبي في ذلك سواء](١) -والله أعلم-.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من ب.

مراهقة، فلا بأس به. وإن اجتمع مع الصغير أبواه، فلا ينبغي أن يفرق بينه وبينهما، ولا بينه وبين أحدهما؛ لأن نفعهما مختلف، وشفقتهما متفاوتة.

١٢٨٥٤- وإذا اجتمع مع الصغير أمه وخالته، فلا بأس بأن يمسك الأم، ويبيع الخالة؛ لأن الأم أقرب، وشفقتها مغنية له عن غيرها، إلا أن تكون الخالة صغيرة، فحينئذ يكره بيع الخالة، لما فيه من التفريق بينها وبين أختها. وكذلك إذا كان مع الصغير أخته وعمته، أو جدته من قبل أمه، فلا بأس بأن يمسك الأم ويبيع من سواها، وكذا إذا كان مع الصغير أمه وأخته وأخوه، فلا بأس بأن يبيع الأخ والأخت، والجدة من قبل الأم أو الأب نظير الأم، حتى إذا اجتمع مع الصغير جدته، أو عمته، أو خالته، أو أخوه، أو أخته، فلا بأس بأن يمسك الجدة، ويبيع من سواها، ذكر هذه المسائل على هذا الترتيب في «الزيادات»: إذا كان مع الصغير أبوه، ويبيع من سواهما إلا الأب، فإنه لا يبيع الأب، وإذا كان مع الصغير أمه.

وفي «نوادر هشام»: قال: سألت محمداً رحمه الله تعالى عن الصغير إذا كان معه أمه، وعمته، هل يبيع العمة؟ قال: لا، وإذا كان مع الصغير أمه وأخوات لأب، لا يبيع واحداً منهم حتى تحتلم، أو تحيض، أو تستكمل خمسة عشر سنة.

وفي «المنتقى»: قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: أفرق بين الصغير وجميع قرابته إذا كان معه أبوان، وإذا كان معه أحدهما، أفرق بينه وبين من كانت قرابته من قبل الحي دون من كانت قرابته من الميت، حتى إنه إذا كان مع الصغير أبوه وخاله، لم أبع الخال، وإن كان مع الأم عمه، لم أبع العم.

قال في «الزيادات»: وإذا كان مع الصغير أخ لأب، وأخ لأم، لا يبيع واحداً منهما؛ وكذلك إذا كان مع الصغير أخت لأب وأخت لأم، لا يبيع واحدة منهما؛ لأن جنس القرابة مختلف وشفقتهما متفاوتة، فلا ينقص حق الصغير مع أحدهما، فيتوهم الضرر. وإن كان معهم أخ لأب وأم في المسألة الأولى، والأخت لأب وأم في المسألة الثانية، لا بأس بأن يمسك الأخ لأب وأم في المسألة الأولى، والأخت لأب وأم في المسألة الثانية، ويبيع من سواه؛ لأن الأخ لأب وأم والأخت لأب وأم أقرب إلى الصغير، وشفقة الأقرب مغنية عن الأبعد.

١٢٨٥٥- والحاصل إذا اجتمع مع الصغير في ملك رجل قرابتان، فإن كانت أحدهما أقرب من الأخرى، لا بأس بأن يمسك الأقرب، ويبيع الأبعد، وإن كانتا في القرب إلى

(١) هكذا في «ظ»، وكان في النسختين «ب» و«م»: قبل، وكان في الأصل: من، وهو تحريف.

الصغير على السواء، بأن كانا من الجانبين، نحو أن يكون أحدهما من قبل الأب، والآخر من قبل الأم، لا يجوز له أن يفرق بين الصغيرين وبين واحد منهما. فإن الذي من قبل الأب قائم مقام الأب، والذي من قبل الأم قائم مقام الأم، فكما يكره التفريق بين الصغير وبين والديه، يكره التفريق بينه وبين من قام مقامهما. وإن كانا من جانب واحد، فلا بأس بأن يبيع أحدهما، ويمسك الآخر استحساناً، حتى إنه إن كان مع الصغير أخوان كبيران لا يبيع واحداً منهما، ويمسك الآخر قياساً، وفي الاستحسان: لا بأس بأن يبيع أحدهما ويمسك الآخر[1] مع الصغير؛ لأن جنس القرابة ونفعها متحد.

وذكر في البيوع من «الأمالي»: ويكره التفريق بين الصغير وبين الإخوة المتفرقة والأخوات المتفرقة، كما هو القياس، يجوز أن يكون منفعة البعض أوفر، فينتفي توهم الضرر.

وذكر أيضاً: أنه إذا كان أبوان وأخ، يكره بيع الأخ، لجواز أن يكون الأخ أشفق، والصحيح ما ذكر في «الزيادات»: يتعذر اعتبار التفاوت والتساوي في الشفقة؛ لأن الشفقة أمر باطن، فيعتبر التفاوت والتساوي في القرابة، لكونها سبباً داعياً إلى الشفقة، حتى لا تعتبر القرابة البعيدة مع القرابة القريبة، وعند اختلاف الجهة تختلف السبب، فيتعذر الترجيح، فاعتبر كل سبب على حدة، وإذا اجتمع مع الصغير أبوان له، بأن كانت جارية بين رجلين، جاءت بولد، فادعياه، حتى ثبت النسب منهما، ثم أسراه، أو اشترى[2] الولد معهما، ففي القياس على الاستحسان [الذي ذكرنا في الأخوين لا بأس أن يبيع واحداً منهما؛ وفي الاستحسان][3] لا يبيع واحداً منهما، بخلاف الأخوين، والفرق أن الأب في الحقيقة أحدهما، وهو مشتبه، فلو جوزنا بيع أحدهما ربما يبيع الأب، ويمسك الأجنبي مع الصغير، وفيه ضرر بالصغير، بخلاف الأخوين؛ لأن كل واحد منهما أخ على الحقيقة، فإذا باع أحدهما، كان الباقي مع الصغير أخاً على الحقيقة، وبه يصير حق الصغير مقضياً، هذا هو الكلام في حكم كراهة التفريق في البيع.

وأما الكلام في حكم جواز البيع وفساده، فنقول: إذا فرق بين الصغير وبين والده، أو

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، م، ب.

(٢) وفي النسخة ظ: اشتريا.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، م، ب.

والدته ومن سواهما من الأقارب في البيع، فالبيع جائز في ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن البيع باطل في الكل، وعنه رواية أخرى أنه فرق بين الوالدين والمولودين، فأبطله بين الوالدين والمولودين، وجوزه فيما عداهما من القرابات لقوة قرابة الولاد، وضعف القرابة المتجردة عن الولاد.

وجه رواية التسوية أن كراهة التفريق لدفع الضرر عن الصغير، وفي حق هذا المعنى قرابة الولاد، والقرابة المتجردة عن الولاد على السواء، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأن ركن التمليك صدر عن أهله مضافًا إلى محله، والنهي عن البيع إن كان لمعنى مجاور ينفك البيع عنه، وهو إلحاق الوحشة بالصغير، ومثل هذا لا يؤثر في فساد البيع، كالبيع وقت النداء وما أشبهه، وإذا كان التفريق بغير مستحق في أحدهما لم يكره.

١٢٨٥٦ - وكذلك يجوز أن يلحق أحدهما دين، فيباع فيه، أو يجني أحدهم جناية، فيدفع بالجناية؛ لأن المنع عن التفريق لدفع الضرر عن الصغير، ولا يجوز دفع الضرر عن شخص على وجه يلحق الضرر بشخص آخر، وعن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه في فصل الجناية أنه يستحب الفداء نظرًا للجانبين، وكذلك لو اشترى منهما، فقبضهما، ثم وجد بأحدهما عيبًا، رد المعيب خاصة.

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يردهما؛ لأنهما في معنى كراهة التفريق كشيء واحد، وجه ظاهر الرواية أن الثابت بحق الرد العيب، وهو مقصود على المعيب حقيقة وحكمًا، فلم يجز رد الآخر بعد تمام الصفقة، أكثر ما فيه أن فيه تفريقًا بينهما، ولكن الحق مستحق في أحدهما، فيجوز، كما لو جنى أحدهما، أو لحق أحدهما دين، ولا يكره عتق أحدهما، ولا كتابته؛ لأن كراهة البيع لأجل التفريق، ولا تفريق في الإعتاق.

ولو باع أحدهم نسمة للعتق، كره عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، خلافًا لهما، والصحيح قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن البيع نسمة ليس بيع بشرط العتق؛ لأن البيع بشرط العتق فاسد، لكنه ميعاد بينهما، والوفاء بالوعد ليس بلازم، حتى لو باعه ممن قال: إن اشتريته فهو حر، لا يكره البيع بالاتفاق.

١٢٨٥٧ - وفي «المنتقى»: لو باع أحدهما ممن يعتقه، لم يجز في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، فإن قبضه المشتري، أو أعتقه، ضمن القيمة، ولو باع أحدهما من رجل، ثم باع الآخر من ذلك الرجل، قال أبو يوسف: البيع وقع فاسدًا، فإذا اجتمعا في ملكه استحسن أن أجيزهما.

١٢٨٥٨- وفي "نوادر ابن سماعة" : قال : سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول : في رجل اشترى عبداً صغيراً وأمه عند البائع ، فأعتقه المشتري ، فالبيع جائز ، وعليه الثمن ، وكذلك لو مات عنده ، قال : لأني إنما كنت أنقض البيع لتفريقه بينهما ، فإذا ذهب التفريق جاز البيع ، وكذلك لو ماتت الأم عند البائع ، أو أعتقها مولاها ، يجوز البيع ، وكذلك لو باع المشتري الصغير من رجل ، فأعتقه ، فالقياس في العتق والموت أن يلزمه القيمة في الصغير ، ولكن يستحسن أن يجعله بالثمن إذا ذهبت الفرقة .

الفصل العشرون
في الإقالة

٨٥٩٩ - الأصل عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: أن الإقالة تحمل فسخاً في حق المتعاقدين في الصور كلها. فإن أمكن تصحيحها فسخاً، تصح فسخاً، وإن تعذر تصحيحها فسخاً، لا يصح أصلاً.

٨٦٠٠ - بيان هذا الأصل من المسائل: إذا باع جارية بألف درهم، وتقابل العقد فيها بألف درهم، فعلى قوله صحت الإقالة، وإن تقابلا بألف وخمسمائة، صحت الإقالة بألف، ويلغو ذكر الخمسمائة؛ لأنه من الألف، وعند ... الألف ... ويمكن تصحيحها إقالة بالألف، وإلغاء مبلغ الزيادة. وإن تقابلا بخمسمائة، فإن كان المعقود قائماً في يد المشتري على حاله، لم يدخله عيب، صحت الإقالة بألف، ويلغو ذكر الخمسمائة، فيجب على البائع رد الألف على المشتري، وإن دخله عيب، يصير إقالة بخمسمائة، ويصير المحطوط بإزاء نقصان العيب؛ لأنه لما احتبس عند المشتري جزء من المبيع، جاز أن يحتبس عند البائع بعض الثمن.

بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: تأويل المسألة أن تكون حصة العيب خمسمائة، أو أقل أو أكثر، مقدار ما يتغابن الناس فيه، ولكن جواب الكتاب مطلق، ولو كانت الإقالة بجنس آخر، ذكر في عامة الكتب أنها تصح الإقالة عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه بالثمن الأول، ويلغو ذكر جنس آخر.

وذكر بعض المشايخ في «شرح الجامع الصغير»: أن على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه تبطل الإقالة في هذه الصورة، وإن ازدادت الجارية، ثم تقايلا، فإن كان قبل القبض، صحت الإقالة، سواء كانت الزيادة متصلة أو منفصلة؛ لأن الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ، منفصلة كانت أو متصلة، وإن كانت الزيادة بعد القبض، إن كانت منفصلة، فالإقالة باطلة عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه؛ لأنه تعذر تصحيحها فسخاً بسبب الزيادة؛ لأن الزيادة المنفصلة مانعة فسخ العقد حقاً للشرع، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يصحح الإقالة إلا بطريق الفسخ، وإن كانت الزيادة متصلة، فالإقالة صحيحة عنده؛ لأن الزيادة المتصلة عند أبي حنيفة لا تمنع الفسخ متى وجد الرضا ممن له الحق في الزيادة ببطلان حقه في الزيادة، وقد وجد الرضا ممن له الحق في الزيادة لما تقايلا، فيمكن تصحيحها فسخاً، فيصح

فسخًا عنده.

١٢٨٦١ - والأصل عند أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين إذا لم يوجد منهما دليل البيع، فإن تقايلا بمثل الثمن الأول، وكان العقد قابلا للفسخ، ففي هذه الصورة تجعل الإقالة فسخًا في حق المتعاقدين، أمكن اعتبارها بيعًا جديدًا، أو لم يمكن، بأن كانت الإقالة في المنقول قبل القبض، وإذا وجد منهما دليل البيع، وأمكن جعلها بيعًا، يجعل بيعًا، سواء أمكن جعلها فسخًا، أو لم يمكن، وإذا لم يمكن أن يجعل بيعًا، وأمكن أن يجعل فسخًا، كما لو تقايلا في المنقول قبل القبض، أو تقايلا في بيع العرض بالعرض بعد هلاك أحدهما، فالإقالة في هذه الصورة تجعل فسخًا؛ لأنه تعذر جعلها بيعًا، وإن لم يمكن أن يجعل بيعًا ولا فسخًا، يبطل، كما في بيع العرض بالدراهم إذا تقايلا بعد هلاك العرض، وكما لو تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الأول.

١٢٨٦٢ - بيان هذا الأصل من المسائل: إذا تقايلا قبل قبض الجارية، والجارية قائمة على حالها، لم تتغير إلى زيادة أو نقصان، أو تغيرت إلى زيادة أو نقصان [فالإقالة صحيحة عنده فسخًا إذا تقايلا بالثمن الأول، أو بجنس الثمن الأول، ولكن بزيادة أو نقصان][1]؛ لأنه تعذر اعتبارها بيعًا، وأمكن اعتبارها فسخًا؛ لأن النقصان لا يمنع الفسخ على كل حال، وكذلك الزيادة قبل القبض لا يمنع الفسخ، فيجعل فسخًا، وإن تقايلا على خلاف جنس الثمن الأول، بطلت الإقالة؛ لأنه تعذر اعتبارها بيعًا؛ لأن بيع المنقول قبل القبض، لا يجوز، وتعذر اعتبارها فسخًا؛ لأن الفسخ ما يكون بالثمن الأول، وقد سميا ثمنًا آخر، وإن تقايلا قبل القبض، فإن كانت الجارية قائمة على حالها، لم تتغير إلى زيادة ولا نقصان، أو تغيرت إلى زيادة، أو نقصان، فالإقالة صحيحة عنده فسخًا، أو تقايلا بالثمن الأول، أو بجنس الثمن الأول، ولكن بزيادة أو نقصان؛ لأنه تعذر اعتبارها بيعًا، وأمكن اعتبارها فسخًا؛ لأن النقصان لا يمنع الفسخ على كل حال، وكذلك الزيادة قبل القبض لا يمنع الفسخ، فيجعل فسخًا، وإن تقايلا على خلاف جنس الثمن الأول بطلت الإقالة؛ لأنه تعذر اعتبارها بيعًا؛ لأن بيع المنقول قبل القبض، لا يجوز اعتبارها فسخًا؛ لأن الفسخ ما يكون بالثمن الأول، وقد سميا ثمنًا آخر، وإن تقايلا بعد القبض، فإن كانت الجارية قائمة على حالها لم تتغير، وقد تقايلا بالثمن الأول، فالإقالة عنده صحيحة فسخًا؛ لأنه لم يوجد دليل البيع، والعقد قابل للفسخ، فيجعل الإقالة فسخًا، وكذلك إذا سكتا عن الثمن الأول؛ لأن الثمن الأول يصير مذكورًا مقتضى

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط وم وف.

يوسف، وإن تقايلا بعد قبض الجارية، فإن كانت الجارية قائمة على حالها، لم تتغير، وقد تقايلا بالثمن الأول، أو قد سكتا عن الثمن الأول، تجوز الإقالة عنده فسخًا على نحو ما قلنا لأبي يوسف، وإن تقايلا بجنس الثمن الأول، ولكن بزيادة أو نقصان، فعن محمد في هذه الصورة روايتان، في رواية كتاب المأذون، تصح الإقالة بيعًا، وفي رواية كتاب الشفعة تصح فسخًا؛ لأنه وجد دليل البيع، وأمكن جعلها بيعًا وفسخًا، وفي مثل هذه الصورة عن محمد رحمه الله تعالى: روايتان، وإن تقايلا على خلاف جنس الثمن الأول، صحت الإقالة عنده بيعًا رواية واحدة؛ لأنه وجد دليل البيع، وتعذر جعلها فسخًا؛ لأن ما يكون بمثل الثمن الأول، وأمكن جعلها بيعًا، وفي مثل هذه الصورة تصح الإقالة بيعًا عنده رواية واحدة، وإن كانت الجارية قد تغيرت عن حالها إلى زيادة أو نقصان إن كان التغير إلى نقصان، بأن تعيبت في يد المشتري بفعل أجنبي، أو بآفة سماوية، فالجواب فيه عند محمد نظير الجواب عند أبي يوسف، وإن تغيرت الجارية إلى زيادة، فإن كانت الزيادة منفصلة، تصح الإقالة عنده بيعًا في الفصول كلها؛ لأنه تعذر اعتبارها فسخًا لمكان الزيادة، وأمكن اعتبارها بيعًا، فجعلناها بيعًا، وإن كانت الزيادة متصلة، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كانت الجارية قائمة على حالها لم تتغير؛ لأن الزيادة المتصلة لا تمنع صحة الفسخ عنده، سواء وجد الرضا ممن له الحق في الزيادة، أو لم يوجد، وإذا كان الفسخ لا يتعذر بسبب الزيادة المتصلة، صار وجودها والعدم بمنزلة، وذكر محمد في كتاب المأذون، فقال العبد المأذون له في التجارة: إذا باع جارية بألف درهم، ثم إن العبد أقاله البيع في الجارية، وجعلها على وجهين: إما إن كانت الإقالة قبل قبض المشتري الجارية، أو بعد قبضه إياها، وجعل كل وجه على وجهين: إما إن كان الثمن موهوبًا، أو غير موهوب، فإن كانت الإقالة قبل قبض الجارية والثمن غير موهوب، يصح الإقالة فسخًا عندهم إلا في فصل، وهو ما إذا حصلت الإقالة بخلاف جنس الثمن الأول، فإن هناك تبطل الإقالة عندهم جميعًا، أما في سائر الفصول؛ لأنه تعذر اعتبارها بيعًا جديدًا؛ لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز، وأمكن جعلها فسخًا إذا كان الثمن غير موهوب للمأذون؛ لأنه لا يكون فسخًا بغير ثمن، فيجعل فسخًا، وأما إذا حصلت الإقالة بخلاف جنس الثمن الأول فلأنه كما تعذر اعتبارها بيعًا، تعذر اعتبارها فسخًا؛ لأن الفسخ ما يكون بمثل الثمن الأول، فبطلت ضرورة، وإن كان الثمن موهوبًا للمأذون في التجارة، فالإقالة باطلة عندهم جميعًا في الفصول كلها؛ لأنه كما تعذر اعتبارها بيعًا لحصولها قبل القبض في المنقول، تعذر اعتبارها فسخًا لما كان الثمن موهوبًا؛ لأنه يكون فسخًا بغير ثمن، والمأذون لا يملك ذلك؛ لأنه يكون

تبرعًا، وإن تقايلا قبل قبض الجارية بعد ما تغيرت الجارية إلى زيادة أو نقصان: فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كانت الجارية قائمة بحالها؛ لأن الزيادة قبل القبض، والنقصان قبل القبض لا يمنع الفسخ على كل حال، فصار وجود ذلك والعدم بمنزلة، فتصح الإقالة فسخًا إذا كان الثمن غير موهوب، إلا إذا حصلت الإقالة على خلاف جنس الثمن الأول، فإن هناك لا تصح الإقالة أصلا، وإن كان الثمن موهوبًا للمأذون، لا تصح الإقالة في الفصول كلها عندهم جميعًا، وأما إذا تقايلا بعد قبض الجارية، فإن تقايلا، والثمن غير موهوب: فإن كانت الجارية قائمة على حالها إن تقايلا بالثمن الأول، أو سكتا عن ذكر الثمن الأول: تصح الإقالة فسخًا عنده[1]؛ لأنه لم يوجد دليل البيع، وأمكن اعتبارها فسخًا [وإن تقايلا بجنس الثمن الأول، ولكن إلى زيادة أو نقصان، تصح الإقالة فسخًا][2] عند أبي حنيفة، ويلغو ذكر الزيادة والنقصان [وعلى قول أبي يوسف يجعل بيعًا؛ لأنه وجد دليل البيع، وهو ذكر الزيادة والنقصان][3]، وأمكن اعتبارها بيعًا وفسخًا، فجعلناه بيعًا، حتى لا تبطل الزيادة والنقصان، وعن محمد في هذه الصورة روايتان، وإن تقايلا بخلاف جنس الثمن الأول.

١٢٨٦٣- فعلى قول أبي حنيفة: تبطل الإقالة لتعذر اعتبارها فسخًا، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: تصح الإقالة بيعًا جديدًا؛ لأنه أمكن اعتبارها بيعًا جديدًا، هذا إذا تقايلا والجارية قائمة على حالها، وإن كانت الجارية قد تغيرت، إن تغيرت إلى زيادة، وكانت الزيادة منفصلة، فالإقالة باطلة عند أبي حنيفة على كل حال؛ لأنه تعذر الإقالة فسخًا، وتعذر اعتبارها فسخًا لمكان الزيادة المنفصلة، وعندهما تصح الإقالة بيعًا جديدًا في الفصول كلها؛ لأنه أمكن اعتبارها بيعًا، وإن كانت الزيادة متصلة، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كانت الجارية قائمة على حالها لم تتغير، وإن تغيرت إلى نقصان، بأن تعيبت في يد المشتري بفعل المشتري، أو بآفة سماوية؛ فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كانت الجارية قائمة على حالها [لم تتغير هذا إذا تقايلا بعد القبض، والثمن غير موهوب، فأما إذا تقايلا بعد القبض، والثمن موهوب للمأذون، فإن كان الجارية قائمة على حالها][4]، وقد تقايلا بالثمن الأول، بطلت

---

(١) وفي النسخة "م": عندهم.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الإقالة، أما إذا حصل بلفظ المفاسخة، أو المتاركة، أو الرد، فإنها لا تجعل بيعًا، وإن أمكن جعلها بيعًا، وإذا حصل الفسخ بلفظ الإقالة، فهو بيع جديد في حق الثالث بلا خلاف، حتى إن الشفيع إذا سلم الشفعة في بيع، ثم إن البائع مع المشتري تقايلا البيع، يتجدد للشفيع حق الشفعة، واعتبرت الإقالة بيعًا جديدًا في حقه، ونظائر هذا كثيرة، ثم إنما تعتبر الإقالة فسخًا في حق المتعاقدين فيما كان من موجبات البيع، فأما ما لم يكن من موجبات البيع، وإنما يثبت بأمر زائد، أو شرط زائد، فالإقالة تعتبر بيعًا جديدًا في حقه على ما يأتي بيانه بعد هذا - إن شاء الله تعالى - .

١٢٨٦٦ - قال محمد في "الجامع": وإذا اشترى الرجل من رجل عبدًا بكر من طعام وسط إلى أجل أو حال، وتقابضا، وقد كان أعطاه المشتري حنطة أجود من المشروط، أو رديء، أو مثل المشروط، ثم تقايلا، لا يلزمه رد المقبوض بعينه، وإن كان قائمًا؛ لأن الطعام في هذه المسألة ثمن، ولهذا جاز الاستبدال، والأثمان لا تتعين عند الفسخ، كما لا تتعين عند البيع، وكذلك الجواب فيما إذا كان الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء، إذا لم يجب رد الطعام بعينه في هاتين الصورتين، يرد مثل الذي كان مشروطًا، أو يرد مثل المقبوض، لم يذكر محمد هذا الفصل في الكتاب نصًا، عامة المشايخ على أنه يرد مثل المشروط [سواء كان المقبوض أجود أو أردأ، وقال الفقيه أبو جعفر: إذا كان المقبوض أردأ، يجب رد مثل المقبوض، لا رد مثل المشروط، قال: وإلى هذا أشار محمد في "الأصل"، ووجهه أنه لو وجب عليه رد مثل المشروط][1] في هذه الصورة، لزمه تفاوت ما بين المقبوض والمشروط [وهو تفاوت ما بين الوسط والرديء بسبب تبرعه؛ لأن حقه كان في المشروط][2]، فهو إذا تجوز بالرديء، فقد تبرع بمقدار ذلك، فلو لزمه رد مثل المشروط، لزمه ذلك التفاوت بسبب تبرعه، وأنه لا يجوز، ثم على قول عامة المشايخ فرق بين الإقالة بعد القبض والرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء، وبين الرد بالعيب قبل القبض أو بعد القبض بقضاء، فقال: إذا كان الرد بالعيب قبل القبض كيف ما كان، أو كان الرد بعد القبض بقضاء يلزمه رد مثل المقبوض، لا رد مثل المشروط، والفرق أن الرد بالعيب قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء، وبعد القبض بقضاء فسخ من كل وجه في حق الكل، وليس ببيع جديد، ولهذا لا يتجدد للشفيع حق الشفعة، وإذا انفسخ البيع من كل وجه، فيما يستقبل من الأحكام، صار وجود البيع، وعدمه بمنزلة، ولو

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من م .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب .

عدم البيع، ووجب على القابض رد المقبوض بعد ما ملكه بسبب صحيح، لزمه رد مثل المقبوض، كما في العوض، كذا ههنا. أما الإقالة والرد بالعيب بعد القبض إذا كان بتراضيهما بمنزلة بيع جديد، ولهذا لا يتجدد للشفيع حق الشفعة. فإذا كان بمنزلة بيع جديد، صار كأن المشتري باع العبد من البائع ثانيًا بمثل الثمن المشروط في البيع؛ لأن الإقالة بناء على العقد، وإنما يصح بما كان مشروطًا في أصل البيع، فكأن المشتري [باع العبد من البائع بمثل الثمن الأول الذي كان مشروطًا في البيع، ولو كان كذلك كان على البائع أن يعطي المشتري](١) مثل الثمن المشروط في البيع، ولا يلزمه رد مثل المقبوض، كذا ههنا.

فإن قيل: الإقالة والرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء إنما اعتبر بيعًا جديدًا في حق الثالث، أما في حق المتعاقدين اعتبر فسخًا، حتى إن البائع بعد الإقالة لو باع العبد من المشتري ثانيًا قبل القبض، يجوز، كما لو كان الرد بقضاء، أو قبل القبض بغير قضاء، ولو باعه من غيره لم يجز؛ لأنه في حق الثالث بيع جديد، فصار بائعًا المبيع قبل القبض، وإذا ثبت هذا فنقول: وجوب رد مثل المقبوض أو رد مثل المشروط في البيع من حق المتعاقدين، فتعتبر الإقالة في هذا فسخًا، فإذا اعتبر فسخًا يجب أن يتعلق الفسخ بمثل المقبوض، لا بمثل ما كان مشروطًا في البيع. والجواب: أن الإقالة فسخ فيما بين المتعاقدين فيما كان من موجبات البيع، وهو ما ثبت بنفس البيع من غير شرط، فصيرورة العين فيما هو من موجبات البيع، فإنه يثبت من غير شرط، فتعتبر الإقالة فسخًا في حق العبد فيما بينهما، فيكون العبد عائدًا إلى البائع بحكم الفسخ، لا بيع جديد، وكان له أن يبيعه من المشتري قبل القبض، كما لو كان الرد بقضاء. فأما ما لم يكن من موجبات البيع، فإنما يثبت بأمر زائد، أو بشرط زائد، فالإقالة تعتبر بيعًا جديدًا في حقه، وإن كان ذلك في حق المتعاقدين. الدليل على صحة هذا مسألتان، ذكرهما محمد في الزيادات.

١٢٨٦٧ - إحداهما: إذا كان لرجل على غيره ألف درهم مؤجل، باعه المطلوب بذلك عبدًا قبل حلول الأجل، أو صالحه من ذلك على عرض، قال: يبرأ المطلوب من الدين، كما لو عجل الدين، فلو أن مشتري العبد وجد بالعبد عيبًا بعد القبض، فرده بغير قضاء، قال: يعود الدين على المطلوب حالًا لا مؤجلًا، كأن الطالب باع العبد من المطلوب ثانيًا بألف درهم، واعتبرت الإقالة والرد بالعيب بغير قضاء في حق الأجل بيعًا جديدًا، وإن كان في حقهما [إلا

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

وجب أحد الشطرين بالآخر فيقتصر على المجلس، كما في البيع.

مسألة: وتصح الإقالة بلفظين أحدهما يعبر به عن المستقبل، نحو أن يقول: أقلني فيقول: أقلت، وقال محمد رحمه الله تعالى: لا ينعقد إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي اعتبارًا بالبيع، ولهما أن الإقالة لا تكون إلا بعد نظر وتأمل، فلا يكون قوله: أقلني مساومة، بل كان تحقيقًا للتصرف، كما في النكاح، وبه فارق البيع.

وفي نوادر ابن سماعة قال: سمعت أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول في رجل باع رجلًا بيعًا، ثم لقيه المشتري ولم يقبض البيع، فقال: إنك قد أغليت علي، فلا حاجة لي في بيعتي، فقال البائع: قد أقلتك، فهذا ينتقض البيع، والإقالة بغير لفظة قوله: قد نقضت أو رضيت. وهذه الرواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى توافق رواية القدوري عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه وأبي يوسف، قال: وكذلك لو كان قال له المشتري: قد فسخت البيع فيما بيني وبينك، فرضي، كان جائزًا.

وفي المنتقى: عن محمد رحمه الله تعالى مسألة تدل على أن قوله مثل قولهما، فإنه قال في رجل اشترى من رجل عبدًا بألف درهم، وتقابضا، ثم قال المشتري للبائع: أقلني على أن أؤخرك بالألف سنة، فقال: قد فعلت، جازت الإقالة، ولم يجز التأخير. وقال القدوري أيضًا: وتصح الإقالة إذا كان المبيع قائمًا أو بعضه، ولا يعتبر قيام الثمن.

يجب أن يعلم بأن من شرط صحة الإقالة قيام المبيع؛ لكون الإقالة رفعًا للعقد، ورفع العقد بقيام المعقود عليه، لا بقيام المعقود به؛ لأن المعقود عليه محل إضافة العقد، ومحل حكمه شرعًا. أما المعقود به فليس بمحل إضافة العقد، ولا محل ثبوت حكمه، وبه يكون بورود الإقالة عليه في الذمة كان ساقطًا، وإذا كان عينًا يكون مبيعًا.

١٢٨٦٨ - قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع الكبير: رجل اشترى من آخر عبدًا بكر حنطة بعينها، وتقابضا، فهلك العبد، ثم إنهما تقايلا العقد فيما بينهما، صحت الإقالة؛ لأن الكر لما كان متعينًا كان هذا بيع العين بالعين، وفي بيع العين بالعين كل واحد منهما مبيع في حق نفسه، ثمن في حق ما يقابله؛ لأن العقد لا بد له من معقود عليه، وليس أحدهما بأن يجعل معقودًا عليه أولى من الآخر، فجعلنا كل واحد من العوضين مبيعًا في حق نفسه، ثمنًا في حق ما يقابله، ولهذا لا يجوز الاستبدال بالكر قبل القبض، كما في الاستبدال بالمبيع قبل القبض، وإذا هلك قبل القبض، ينفسخ العقد، وإذا كان كل واحد منهما معقودًا عليه العقد في حق نفسه، يبقى العقد ببقاء أحدهما، فتصح الإقالة، وإذا صحت الإقالة، لزم الآخر رد قيمته، وقد عجز

عن رده بسبب الهلاك، فيلزمه قيمته.

١٢٨٦٩ - وإذا باع العبد بكر بغير عينه، وتقابضا، فهلك، ثم تقايلا، والكر قائم بعينه، فالإقالة باطلة؛ لأن الكر إذا كان بغير عينه، كان ثمناً، ولهذا لا يشترط فيه التأجيل، ولو كان مبيعاً، فالمبيع لا يثبت في الذمة إلا مؤجلاً، ولكن يجوز الاستبدال به قبل القبض، مع أن الاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز.

وكذلك لو تقابلا حال قيام العبد، لا يلزم بائع العبد رد عين ما قبض من الكر، كما في الدراهم، فكان ثمناً، ولما كان ثمناً، لا يبقى العقد ببقائه، فيبطل برفعه، فرق بين هذا وبين ما لو أسلم عبداً في كر حنطة إلى أجل، ثم هلك العبد، ثم تقايلا على السلم فيه، يجوز، والفرق: وهو أن المسلم فيه مبيع بدليل عكس ما ذكرنا من الأحكام، وإذا كان كذلك كان هذا بيع العرض بالعرض، وهلاك أحدهما لا يمنع صحة الإقالة، أما هاهنا بخلافه على ما مر.

١٢٨٧٠ - وإذا اشترى عبداً بدراهم، وتقابضا، ثم تقايلا بعدما هلك العبد، فالإقالة باطلة؛ لأن الدراهم ثمن من كل وجه، فلا يبقى العقد ببقائه، لما صح ما ذكرنا أن الثمن إنما يجب له حكم الوجود في الذمة بالعقد، وما يكون وجوده بالعقد كان حكماً للعقد، وحكم العقد لا يكون محلاً للعقد؛ لأن محل العقد شرط العقد، وشرط الشيء يسبقه، وحكم الشيء يعقبه، وبينهما تنافٍ.

١٢٨٧١ - ولو اشترى عبداً بنقرة فضة إن كانت النقرة بغير عينها ثم تقابلا بعدما هلك العبد، لا يجوز؛ لأن النقرة إذا كانت بغير عينها كان ثمناً، فلا يبقى العقد ببقائها، وإن كانت بعينها جازت الإقالة عليها إذا هلك العبد؛ لأنها إذا كانت بعينها كانت مبيعة؛ لأن النقرة تتعين بالتعيين على ظاهر الرواية، إلا على رواية كتاب الصرف، ولهذا لا تصلح رأس مال الشركات والمضاربات، وهذا دليل على أنها تتعين بالتعيين، ولما تعينت بالتعيين على ظاهر الرواية كانت مبيعة، فكان العقد باقياً ببقائها، فصحت الإقالة، ووجب على الآخر رد العبد، وقد تعذر عليه رده، فيصار إلى قيمته بعد هذا إن كان في قيمة العبد فضل على النقرة، يقضي بقيمة العبد دنانير؛ لأن الإقالة وإن كانت فسخاً في حق المتعاقدين، فهو عقد جديد في حق الثالث، وحرمة الربا حق بمنزلة بيع مبتدأ، فيقضي بقيمته بخلاف جنسه تحرزاً عن الربا، ولو اشترى عبداً بجارية، وتقابضا، ثم تقايلا، ثم هلك أحدهما قبل الرد، لا ينقض الإقالة؛ لأن في بيع المقايضة هلاك أحد العوضين لا يمنع ابتداء الإقالة، فأولى أن لا يمنع البقاء، وكان على من هلك في يده قيمة الهالك، وإن هلكا جميعاً قبل التراد، بطلت الإقالة؛ لأن هلاكهما يمنع ابتداء

الإقالة، صح بقاءها قبل التسليم، والإقالة قبل القبض غير تامة.

١٢٨٧٢ - ولو اشترى عبداً بدرهم، وتقابضا، ثم تقايلا، فهلك العبد قبل القبض بحكم الإقالة، بطلت الإقالة؛ لأن بهلاك العبد فات محل الإقالة، وفوات المحل يمنع البقاء، كما يمنع الابتداء، وإن اشتراه بنقرة فضة، إن كانت النقرة بغير عينها[١]، فكذلك الجواب، وإن كانت بعينها، لم تنتقض الإقالة بهلاك العبد لما مر، وإذا لم تنتقض الإقالة، كان على الذي هلك العبد في يده قيمته دراهم ودنانير.

فرق بين هذا وبين ما إذا كانت الإقالة على النقرة بعينها بعد هلاك العبد، فإن هناك قال: يقضي بالدنانير خاصة، والفرق وهو أن ههنا الإقالة صحت على النقرة وعلى العبد، والربا لا يجري بين العبد والنقرة، وهذه الحالة وهو حال وجوب قيمة العبد حال بقاء الإقالة، وفي حال بقاء الإقالة ولا يجري الربا، إذ الموجود في حالة البقاء ليس إلا القبض الذي له شبه بالعقد، وأثره في إيجاب التصدق لا في جريان الربا، ووجوب التصدق حكم غيبي[٢] بينه وبين ربه، لا يدخل تحت القضاء، فلم يجب القضاء، بخلاف الجنس تحرزاً عن هذه الشبهة التي لا مدخل لها في القضاء، لكن قيل: إن قضى بخلاف جنسه لا يجب عليه التصدق بشيء، وإن قضى بجنسه تصدق بالفضل تحرزاً عن الشبهة، كما لو اشترى عبداً قيمته ألف درهم بألف درهم، وقتل العبد قبل القبض، واختار المشتري أخذ القيمة فقضى القاضي بالقيمة دنانير أو دراهم، لكن إن قضى بالقيمة دراهم، تصدق بالفضل، وإن قضى بالقيمة دنانير، لم يتصدق بشيء، كذا ههنا، أما فيما سبق الحال حال ابتداء الإقالة، والإقالة عقد جديد في حق الثالث، وحرمة الربا حق الشرع، فصار في حق الشرع بمنزلة عقد مبتدأ على النقرة وعلى قيمة العبد، وفي حالة الابتداء يجري الربا، وإنه يدخل تحت الحكم، فيقضي بالدنانير تحرزاً عن الربا.

١٢٨٧٣ - وفي نوادر ابن سماعة: عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من رجل عبداً بألف درهم، فلم يقبضه حتى قال المشتري للبائع: بعه، فقبل، هل يكون هذا نقضاً للبيع؟ فقد ذكرنا هذه المسألة مع أجناسها في صدر هذا الكتاب إلا أن موضوع المسألة ثمة وضع محمد رحمه الله تعالى ثمه أن المشتري قال للبائع: بعه، فقبل، ثم باعه، فهو مناقضة للبيع الأول وموضوع المسألة ههنا أن المشتري قال للبائع: بعه، فقبل هو مناقضة للبيع

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من م.

(٢) وفي ف و م: شيء بدلاً من غيبي

[الأول] .

وعنه في رجل اشترى عبداً، فلم يقبضه حتى سأله البائع أن يبيعه منه بألف درهم، ففعل، لم يكن هذا مناقضة للبيع الأول.

١٢٨٧٤ - وفي «المنتقى»: رجل اشترى من رجل عبداً، ودفع إليه الثمن، ولم يقبض، ثم إن المشتري نقض البيع، وقال: قد وهبت العبد والثمن، لم تجز الهبة، قال: لأني إذا جعلت قوله: وهبت لك العبد نقضاً للبيع، فلا يمكن أن أجعله هبة للثمن.

١٢٨٧٥ - وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى من رجل عبداً بجارية، وتقابضا، ثم تقايلا، فدفع مشتري العبد العبد إلى بائعه، ولم يقبض الجارية، حتى ماتت في يد مشتريها، فإن البيع يعود إلى حاله، ويرد العبد إلى الذي كان في يده.

وفي «نوادر ابن سماعة»(١) عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل باع عبداً بعبد، وتقابضا، فعمي أحدهما، ثم أقاله البيع، قال: إن كان يعلم بالعمى أخذه، وليس له غيره، وإن لم يعلم به فإنه يرد الأعمى، ويأخذ قيمة عبده صحيحاً.

١٢٨٧٦ - وإذا اشترى عبداً بألف درهم، وتقابضا، ثم تقايلا، ثم قتله المشتري قبل أن يرده، فقد ذهب بالثمن، وإن فقأ رجل عينه، فالبائع بالخيار، إن شاء أخذه بنصف الثمن، وإن شاء ترك. وإن لم يفقأ عينه، ولكن ذهب من وجع، فإن شاء البائع أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك.

وفي «نوادر المعلى»(٢) عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: رجل اشترى من رجل عبداً، ثم قال للبائع قبل أن يقبضه: بعه، فإن أعتقه البائع، فعتقه جائز عن نفسه، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: عتقه باطل، قال أبو حفص: يحتمل أن يكون وجه هذه المسألة أنه حمل قوله: بعه بمنزلة الإقالة، وجعل عتق البائع بمنزلة قبول الإقالة على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه.

١٢٨٧٧ - وفي «المنتقى»: رجل اشترى من رجل عبداً بألف درهم، وتقابضا، فقطعت يده عند المشتري، فأخذ أرشها، ثم تقايلا البيع، فإن كان البائع عالماً بالقطع، لزمته الإقالة بجميع الثمن، ولا شيء له من الأرش، وإن لم يكن عالماً بالقطع، فهو بالخيار، إن شاء أخذه

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وما أثبت هذه العبارة من [illegible] .

(٢) في [illegible] : «في نوادر بشر عن أبي يوسف».

دون الأرش بجميع الثمن، وإن شاء رده. وكذلك لو كانت جارية، فولدت عند المشتري، لم يتبعها الولد في الإقالة.

وفيه أيضاً: رجل باع عبداً بأمة، وتقابضا، ثم باع نصف العبد، ثم أقاله البيع في الأمة، جبر، وكان له [١] قيمة العبد - والله سبحانه وتعالى أعلم -.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و م و ب

الفصل الحادي والعشرون
في الدعاوى والشهادة في البيع

١٢٨٧٨ - هذا الفصل يشتمل على أنواع: نوع منه: إذا كانت الدار في يدي رجل ادعى رجل أنه اشتراها، وأقام على ذلك بينة، فهذا على وجهين: الأول: أن يكون الدار في يدي البائع، وفي هذا الوجه لو شهد الشهود للمشتري بمجرد الشراء منه، يقضى له بالدار، وإن لم يشهدوا بالملك للبائع.

الوجه الثاني: أن يكون الدار في يد غير البائع وذو اليد يدعي الدار لنفسه، وأنه على وجوه، فإن شهدوا أنه اشتراها من فلان، ولم يزيدوا عليه، فإنه لا يقضى له بها، ولا ينقض يد ذي اليد بهذه الشهادة؛ لأنه لم يثبت الملك للمدعي بهذه الشهادة؛ لأنه لم يثبت إلا مجرد الشراء من فلان، والشراء من فلان يوجب الملك للمدعي إن كان البائع مالكًا، أو نائب المالك، وإن كان غاصبًا لا يوجب الملك للمدعي. فيقع الشك في نقض يد ذي اليد، فلا ينقض بالشك، وإن كان هذا بمنزلة ما لو شهدوا أنه كان في يد المدعي، ولم يزيدوا عليه، فإنه لا ينتقض ذي اليد بهذه الشهادة، وإن ثبت حدوث يد ذي اليد، لأنه احتمل أن يد المدعي كان بحق، فيجب نقضه بهذا الاعتبار، واحتمل أنه كان بغير حق، فلا يجب نقضه، فلم ينقض بالشك والاحتمال، فكذلك هنا.

ولا يقال: بأن الظاهر أن يكون يده يد ملك؛ لأنا نقول الظاهر يصلح حجة للدفع، ولا يصلح حجة للاستحقاق، وههنا حاجته إلى استحقاق اليد على ذي اليد وإن شهدوا أنه اشتراها من فلان وهو يملكها، فإنه يقضي بذلك للمدعي، وينتقض يد ذي اليد؛ لأنه ثبت ملك المدعي بلا احتمال، فإنهم شهدوا بالملك للبائع؛ وإذا ثبت ملك البائع، ثبت ملك المشتري بالشراء منه، فينقض يد ذي اليد، كما لو شهدوا أنه ملك المدعي، وكذلك إن شهدوا أنه اشتراها من فلان، وإنها لفلان، تقبل شهادتهم؛ لأن شهادتهم أنها لفلان كشهادتهم أنه كان يملكها، وكذلك لو شهدوا أنها لهذا المدعي اشتراها من فلان يقضى به للمدعي؛ لأنهم شهدوا بالملك للمدعي، وشهدوا بالملك لبائعه مقتضى شهادتهم بالملك للمدعي؛ لأن المشتري يملك من جهة البائع

١٢٨٧٩ - وكذلك لو شهدوا أن فلانًا باعها منه، وسلمها إليه، فإنه يقضى للمدعي،

ويقضي بيد ذي اليد ، وكان يجب[1] أن لا يقضي ، وهو رواية القاضي أبي حازم عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ؛ لأنهم لم يشهدوا بالملك للمشتري نصاً ، ولم يشهدوا بالملك للبائع لتكون شهادة بالملك للمشتري ثبت شراءه منه بل شهدوا بالبيع والتسليم ، وكلا الأمرين قد يكون من المالك ، ومن نائبه ، وقد يكون من الغاصب ، فصار هذا كما لو شهدوا أنه باعها ، وهي في يده يوم البيع ، ولم يزيدوا على ذلك ، وهنا لا تقبل الشهادة ، وكذا هنا إلا أن الجواب منه أن يقال بأنهم بهذه الشهادة أثبتوا للمدعي يد ملك ؛ فيقضي بيد ذي اليد ، كما لو نصوا أنه كان في يده يد ملك ، وإنما قلنا ذلك : لأنهم شهدوا للمدعي بيده مقروناً بسبب الملك ، والشهادة للمدعي باليد مقروناً بسبب الملك ، فهي محتملة بين أن تكون يد ملك وبين أن لا يكون احتمالاً على السواء ، فإن اقترن به سبب الملك ، ترجح جانب يد الملك ، وسقط اعتبار احتمال أنه ليس بيد ملك ، وإذا سقط هذا الاعتبار ، فكأنهم شهدوا أيضاً أن يد المدعي يد ملك ، ونظير هذا ما لو قالوا في شاهدين شهدوا بدار لرجل يدعيها في يد إنسان أنه كان في يد أبيه وقت الموت ، فإنه يقضي بالدار له ، وينقض يد ذي اليد ؛ لأنهم شهدوا للمدعي بيد مقرون بسبب الملك ؛ لأن ما كان في يد أبيه وقت الموت ينتقل إلى وارثه بعد الموت ، ويصير في يده ، فيكون شهادة له باليد مقروناً بسبب الملك ؛ لأن الموت سبب الملك للوارث فيما تركه الميت للوارث ، فترجح يد الميت على يد غير الملك لما اقترن باليد سبب الملك ، وإذا ترجح الملك صارت العبرة له لا لغيره .

١٢٨٨٠ - أو نقول : الشهادة بالتسليم شهادة بالملك للبائع من حيث المعنى ، فتقبل كما لو شهدوا له بالملك نصاً . بيانه : أن التسليم إن كان تسليم مالك ، فلا شك أن يكون شهادة بالملك ، وإن لم يكن تسليم مالك ، يصير مالكاً بالتسليم ؛ لأنه بالتسليم يصير عاجزاً عن الرد ، وعجز الغاصب عن الرد يوجب الضمان ، والمضمون يصير ملكاً للضامن بالضمان ، وكان بمنزلة الشهادة باليد عند الموت اعتبرت الشهادة بالملك عند الموت ؛ لأن يد غير المالك ينقلب يد المالك بالموت بسبب العجز عن الرد بالتجهيل ، وأما إذا شهدوا أنه كان في يد المدعي وقت البيع ، فلا ذكر لهذه المسألة في الأصل .

وقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه ، فمن اختار العبارة الأولى في المسألة المتقدمة يقول : تقبل هذه الشهادة ؛ لأن الشهادة باليد عند سبب النقل شهادة بالملك ، كما لو شهدوا أنه كان في يده عند الموت ، وهذا القائل لا يحتاج إلى الفرق بين ما إذا شهدوا أنه كان في يده يوم

(١) وفي النسخة م : ينبغي مكان يجب

البيع وبين ما إذا شهدوا أنه كان في يده يوم مات، ومن المشايخ من قال: الجواب في المسألة الثانية في المسألة المتقدمة يقول: لا تقبل هذه الشهادة، وهكذا روى هشام عن محمد رحمه الله تعالى في نوادره، وعلى هذا القائل يحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا شهدوا أنها كانت في يده عند الموت.

والفرق أن الشهادة باليد عند البيع ليست بشهادة بالملك للبائع؛ لأن يده إن لم تكن يد ملك، لا تنقلب يد ملك بعقد البيع؛ لأن بعقد البيع لا يعجز عن التسليم ما دام في يده، أما الشهادة باليد عند الموت شهادة بالملك له؛ لأن بالموت يعجز عن الرد، فتنقلب يده عند الموت يد ملك إن لم يكن يد ملك في الأصل، وأما إذا شهدوا أنه اشتراها من فلان، وقبضها منه، ولم يزيدوا على ذلك، كان الجواب فيه كالجواب فيما إذا شهدوا أن فلانًا باعها منه، وسلمها إليه؛ لأن الشهادة بقبض المشتري شهادة بتسليم البائع، ثم إذا قبلت الشهادة في هذه المسائل يثبت الشراء على البائع، وينتصب ذو اليد خصمًا عن البائع، ويقوم إنكاره مقام إنكار البائع، حتى لو حضر البائع، وأنكر البيع، لا يلتفت إلى إنكاره.

١٢٨٨١- دار في يد رجل وشهد شاهدان أنه اشتراها منه، إن سموا مقدار الثمن، قبلت شهادتهما، سواء شهدوا باستيفاء الثمن، أو لم يشهدوا؛ لأن المشهود به معلوم من كل وجه؛ لأن المشهود به في البيع المبيع والثمن، وكل ذلك معلوم، فكانت الشهادة مقبولة، وأما إذا لم يسميا مقدار الثمن إن لم يشهدوا باستيفاء الثمن، لا تقبل شهادتهم؛ لأن الثمن مجهول، وهو مقضي به إذا لم يكن مستوفيًا؛ لأنه لابد للقاضي من القضاء بالثمن على المشتري، حتى يمكن المشتري قبض المبيع من البائع، وإذا كان مقدار الثمن مجهولاً، لا يمكنه القضاء به، وإذا تعذر القضاء بالثمن، تعذر القضاء بالبيع، وشهادة لا يمكن القضاء بها لا تقبل؛ وأما إذا شهدا باستيفاء الثمن، كانت الشهادة مقبولة، وإن كان مقدار الثمن مجهولاً؛ لأن الثمن غير مقضي به متى كان مستوفيًا، فجهالته غير مقضي به[1] لا يضر، وما هو مقضي به، وهو البيع معلوم، فأمكن القضاء بهذه البينة، فقبلت.

١٢٨٨٢- وإذا ادعى على آخر أنك اشتريت مني هذا العين، والمشتري يجحد، فجاء مدعي الشراء بشاهدين، واختلفا في جنس الثمن، أو في مقدار الثمن، فإنه لا يقبل شهادتهما على كل حال، إذا كان العين قائمًا في يد المشتري، وذلك لأن المعقود عليه ما دام قائمًا، فالعقد مقضي به أيضًا، ألا ترى أنهما لو تقايلا حال قيام المعقود عليه، صحت الإقالة، ولا يمكن للقاضي أن يقضي بالعقد بالشهادة؛ لأنهما شهدا بعقدين مختلفين؛ لأن العقد بألف غير العقد

---

(١) هكذا في النسخة «م»، وكان في الأصل والنسختين «ظ» و«ب»: فجهالة ما هو غير مقصودة.

بالثمن، وههنا قد ثبت أن الاختلاف لو وقع فيما بين المتعاقدين على هذا الوجه، يتحالفان، وإذا كان العقد بألف غير العقد بألفين، فقد شهد كل واحد منهما بعقد لم يشهد به صاحبه، وما غاب عن علم القاضي لا يثبت بشهادة شاهد واحد.

هذا إذا كان المبيع قائمًا، أما إذا كان المبيع هالكًا في يد المشتري، وادعى المشتري الشراء، وأنكر البائع، وقال: لا، بل غصبته مني، فأقام المشتري شاهدين، فاختلفا، فهذا على وجهين: إما أن يختلفا في القدر، أو في جنس الثمن، فإن اختلفا في جنس الثمن، فإن شهد أحدهما بألف، والآخر بمائة دينار، فإنه لا تقبل هذه الشهادة، وإن لم يكن العقد مقضيًا به حال هلاك المعقود عليه حتى لو تقايلا، لم تصح الإقالة، وإنما المقضي به المال، إلا أن الدعوى لو وقع في مطلق المال، واختلفا على هذا الوجه، لا تقبل شهادتهما؛ لأنه لا بد للمدعي من أن يدعي أحد المالين، وإذا ادعى أحدهما، فقد كذب [شاهده الآخر والمشهود له متى كذب شاهده، لا تقبل][1] شهادته، وإن اختلفا في مقدار الثمن أن تخلل بين المالين حرف العطف، بأن شهد أحدهما بألف، والآخر بألف وخمسمائة، فإن كان المدعي يدعي أكثر المالين، فإنه تقبل هذه الشهادة على الأقل؛ لأن العقد غير مقضي به في هذه الحالة، فكان الدعوى وقع في مطلق المال، واختلف الشاهدان على هذا الوجه، والمدعي يدعي الأكثر، وهناك تقبل الشهادة على الأقل عندهم جميعًا، نص على هذا في كتاب الإجارات، كذا هنا.

١٢٨٨٣ - وإن كان المدعي يدعي أقل المالين، بأن كان يدعي ألف درهم، لا تقبل شهادتهما؛ لأنه كذب شاهده بالأكثر، إلا أن يوفق المدعي، فيقول كان لي عليه ألف وخمسمائة كما شهد به الشاهد بالأكثر، إلا أني استوفيت خمسمائة، ولم يعلم به هذا الشاهد متى وفق على هذا الوجه، فإنه يقضى له بألف درهم؛ لأن المانع من قبول الشهادة تكذيب الشاهد بالأكثر وقد زال التكذيب متى وفق المدعي على هذا الوجه، فتقبل هذه الشهادة، فأما إذا لم يتخلل بين الأقل والأكثر حرف العطف، بأن شهد أحدهما بألف، والآخر بألفين، إن كان المدعي يدعي الأقل، فإنه لا تقبل هذه الشهادة عندهم جميعًا، كما لو وقع الدعوى في مطلق المال؛ لأنه كذب شاهده بأكثر المالين، إلا أن يوفق المدعي على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، فيقول: كان لي عليه ألفان إلا أني استوفيت منه ألف درهم ولم يعلم به الشاهد بأكثر المالين [فحينئذ تقبل الشهادة عندهما؛ لأن المانع من قبول الشهادة عندهم في هذا

---

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

ونظير هذا ما قال أبو [...] في رجل جاء بكتاب قاض إلى قاض أن فلانًا وفلانًا شهدا عندي أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا كذا دينارًا، فأحضر المدعي رجلًا، فادعى أنه فلان بن فلان، وأنكر الرجل أن يكون فلان بن فلان، ما لم يقم المدعي بينة أخرى أن هذا الرجل فلان بن فلان، فإنه لا يقضي به، كذا ههنا.

١٢٨٨٤- وإذا كان المشتري يجحد الشراء، والبائع يدعيه، فالجواب فيه كالجواب فيه إذا كان يدعيه المشتري؛ لأن القاضي يحتاج إلى أن يقضي بالثمن إذا كان البائع مدعيا، كما يحتاج لو ادعاه المشتري، فيكون الجواب في الفصلين واحدًا.

١٢٨٨٦- قال: وإذا كانت الدار في يد رجل، فأقام على ذلك الرجل شاهدين أنها داره، ابتاعها من فلان، وأقام الذي في يديه بينة أنها داره ابتاعها من ذلك الفلان أيضًا، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه: إما أن يكون الدار في أيديهما أو في يد أحدهما، أو في يد البائع، وكل وجه من ذلك على أربعة أوجه: إما إن أرخا وتاريخهما على السواء، أو تاريخ أحدهما أسبق من تاريخ الآخر، أو لم يؤرخا أصلًا، أو أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر، فإن كانت الدار في أيديهما، وقد أرخا وتاريخهما على السواء، أو لم يؤرخا، فإنه يقضي بالدار بينهما نصفين؛ لأنهما استويا في الدعوى والحجة واليد، فيستويان في الاستحقاق كما لو ادعى اثنان نتاج دابة، والدابة في أيديهما، وأقاما جميعًا البينة فإنه يقضي بينهما نصفان، فكذلك هذا، وكذلك إذا أرخ أحدهما دون الآخر، فإنه يقضي بالدار بينهما نصفان، ولا يقضي بجميع الدار لصاحب التاريخ؛ لأن يد الذي لا تاريخ له ثابتة بيقين، وقع الشك في نصفها إن كان شراؤه بعد شراء صاحب التاريخ، وجب نقض يده، وإن كان قبله لا يجب نقضه، وقد احتمل شراء الذي لا تاريخ له أن يكون سابقًا على صاحب التاريخ، وأن يكون لاحقًا، وقد وقع الشك في نقض يده، فلا يجوز نقضها بالشك، ويخير كل واحد منهما؛ لأن كل واحد منهما أثبت الشراء في الجميع، ولم يسلم له إلا النصف، فيخير، كما لو اشترى دارًا، ثم استحق نصفها، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق، فأسبق التاريخين أولى لوجهين: أحدهما: أن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة، ولو عاينا شراء أحدهما سابقًا، وشراء الآخر بعده، كان السابق منهما أولى، إذا كان الدار في أيديهما، فكذا إذا ثبت بالبينة العادلة.

والثاني: وهو أن بينة أسبقهما تاريخًا أكثر إثباتًا [لأنها تثبت ملكه منذ شهرين، والأخرى منذ شهر، وكانت بينة من أسبق أكثر إثباتًا](١)، فكان أولى، وإن كان الدار في يد

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبت من م و ب.

قبله إذا ادعيا تلقي الملك من وجه [واحد. فأما إذا ادعيا تلقي الملك من وجهين][١] من اثنين، فادعى أحدهما أنه اشترى هذه الدار من زيد، وادعى الآخر أنه اشتراها من عمرو، وأقاما جميعًا البينة، فهذا لا يخلو من وجهين: إما أن يكون في أيديهما، أو في يد أحدهما، فإن كان في أيديهما، يقضى بالدار بينهما؛ لأن كل واحد منهما يثبت الملك لبائعه؛ لأن الملك لبائعه غير ثابت إلا من جهته، فكأن البائعين حضرا، وادعيا، وأقاما البينة على الملك، والدار في أيديهما، فإنه يقضى بينهما نصفين؛ لأنهما استويا في الدعوى والحجة واليد، فكذلك هذا. وكذلك إن كان في يد أحدهما، فالخارج أولى. بخلاف ما إذا ادعيا تلقي الملك من وجه، فإنه يقضى لذي اليد. ووجه الفرق بينهما أنهما متى ادعيا تلقي الملك من وجه[٢] اثنين، فكل واحد منهما يحتاج إلى إثبات الملك لبائعه، فيجعل كأن البائعين حضرا، وادعيا ملكًا مطلقًا، والدار في يد أحدهما، وأقاما البينة. ولو كان كذلك كان الخارج أولى، فكذلك هذا. وأما إذا ادعيا تلقي الملك من جهة واحدة، فكل واحد منهما لا يحتاج إلى إثبات الملك لبائعه [لأن ثبوت الملك لبائعهما][٣] ثابت بتصادقهما، وإنما يثبت كل واحد منهما ببينته [الانتقال إلى نفسه][٤] بسبب الشراء، وفي بينة الآخذ السراية، والقضاء بالآخذ أولى إذا تعذر القضاء بهما، كالرهن[٥] مع الشراء.

هذا إذا ادعيا تلقي الملك من جهة اثنين من غير التاريخ، فإن ادعيا مع ذلك تاريخًا، أو دعوى أحدهما، فهذا بمنزلة ما لو ادعيا ملكًا مطلقًا سواء؛ لأن كل واحد منهما يحتاج إلى إثبات الملك لمملكه، وكأن كل واحد من المملكين حضرا، وادعى الملك المطلق لنفسه، وسيأتي الكلام في دعوى الملك المطلق في كتاب الدعوى إن شاء الله تعالى.

٢٨٨٧ - قال: وإن كانت الدار في يدي رجل، فأقام عليه رجل البينة أنه اشتراها من ذي اليد بألف درهم، وأقام الذي في يده البينة أنه باعها منه بألفي درهم، ولا يدرى التاريخ بين البيعين، فإنه يقضى بألفي درهم ببينة البائع؛ لأن القضاء بالعقدين متعذر؛ لأن أحدهما

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين: م، وت.

(٢) وفي م: من جهة اثنين.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من م.

(٤) هكذا في م، وكان في الأصل [illegible] بسبب الملك بسبب الشراء.

(٥) وفي م: كالعتق بدلا من كالرهن.

بفسخ الأول لا محالة، وبأحدهما بعينه متعذر؛ لأنه ليس أحدهما بأن يصير [فسخًا، والآخر مفسوخًا][1] أولى من الآخر، فإذا تعذر القضاء بالعقدين[2]، وبعقد واحد بعينه كأن الدعوى وقع في مطلق الملك، كما لو حصل الدعوى بعد هلاك المبيع، ولو وقع الدعوى في مطلق الملك، ادعى أحدهما ألفين، وأقر المدعى قبله بألف، وأقاما جميعًا البينة، كانت بينة صاحب الألفين أولى، لوجهين. الأول: أنه أكثر إثباتًا.

الثاني: أنه يثبت بينة دعواه، والآخر يثبت إقراره لغيره، والبينة المشروعة على إثبات الدعوى، لا على إثبات الإقرار لغيره، فكذلك هذا.

١٢٥٨٨ - ولو أقام البائع البينة أنه باعها بعشرة أثواب طعام، وأقام المشتري بينة أنه اشتراها منه بألف درهم، كانت بينة البائع أولى، ولا تجيء العلة الأولى التي ذكرنا في الفصل الأول أن بينة البائع أكثر إثباتًا؛ لأنه تثبت زيادة؛ لأن الزيادة إنما تتحقق في جنس واحد، ولا تتحقق في جنسين مختلفين، وإنما تجيء العلة الأخيرة، وهي أن البائع ببينته يثبت دعواه على المشتري، والمشتري يثبت بإقراره بألف للبائع، والبينات مشروعة لإثبات الدعوى على الغير، لا لإثبات الإقرار للغير، فإن من أقر لإنسان ورد المقر له إقراره، وأراد إثبات إقراره بالبينة، لا تقبل بينته، هذا معنى قولهم: إن البائع أثبت لنفسه، والمشتري لغيره، فكان البائع أشبه بالمدعي، فكذلك هذا.

١٢٥٨٩ - قال: ولو أقام المشتري البينة أنه ابتاع هذه الدار ودارًا أخرى بألف درهم، وأقام البائع البينة أنه باع هذه الدار وحدها بألفين، أجزت البيع فيهما جميعًا بألفين؛ لأن القضاء بالعقدين متعذر؛ لأن الدار متى بيعت مرة لا يمكن أن تباع مرة أخرى مع أخرى ما لم يشترها البائع ثانيًا، والشهود لم يشهدوا بذلك، وإذا تعذر القضاء بالعقدين، قضينا بما قالت البينتان؛ لأن كل واحد منهما يثبت زيادة، فوجب قبول بينة كل واحد منهما في إثبات الزيادة.

١٢٥٩٠ - قال: وإن كانت الدار في يد رجل، فأقام بينة أنه اشتراها من فلان بألف درهم في رمضان، وأقام فلان البينة أنه اشتراها من فلان بخمسمائة في شوال، فإنه يقضى بالشراء بخمسمائة؛ لأن الثابت بالبينة العادلة إذا قبلت كالثابت معاينة، ولو عاينا الشراء الآخر بخمسمائة، فإنه ينقض البيع بألف درهم [فكذلك هذا بخلاف ما إذا كان لا يدري أي البيعين

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبت هذه العبارة من م.

(٢) وفي م: فإذا تعذر القضاء بالعقدين، وتعذر واحد بعينه القضاء بالعقد، فحصل كأن الدعوى ... إلخ.

مردة، وأنكر المشتري، ثم أقام البائع البينة على الفسخ، ولو كان كذلك تقبل بينة البائع على الفسخ، فكذلك هذا.

نوع آخر:

١٢٨٩٦- قال محمد رحمه الله تعالى في "الزيادات": رجل باع عبد رجل من رجل، ثم اختلف البائع والمشتري، فقال البائع: لم يأمرني صاحب العبد بالبيع، وقال المشتري: لا، بل أمرك به، وادعى المشتري عدم الأمر، وادعى البائع الأمر، فالقول قول من يدعي الأمر؛ لأن دخولهما في هذا العقد وهما قد اعتراف منهما بصحته ونفاذه، والنفاذ في ملك الغير لا يكون إلا بالأمر، فمن يدعي عدم الأمر يدعيه بعد الإقرار بالأمر، فيكون مناقضاً، فإن أقام المدعي بعد الأمر بينة أن صاحب العبد لم يأمره بالبيع، لم تقبل بينته؛ لأن هذه البينة قامت على النفي، ولأن البينة إنما تسمع إذا ترتبت على دعوى صحيحة، والدعوى ههنا لم تصح لمكان التناقض.

وكذلك لو أقام بينة على إقرار صاحبه أن صاحب العبد لم يأمره بالبيع، لا تقبل بينته؛ لأن الدعوى لم تصح على عدم أمره، فكذلك لو لم يكن له بينة، فأراد أن يحلف صاحبه على ما ادعى من عدم الأمر، لا يلتفت إلى ذلك؛ لأن الدعوى [...](1)، والاستحلاف يترتب على دعوى صحيحة، وإن تصادق البائع والمشتري أن البيع كان بغير الأمر، فذلك منهما فسخ للعقد، والوكيل مع الموكل يفسخان العقد، ويصح فسخهما.

بيانه: أن دخولهما في هذا العقد اعتراف منهما بنفاذه، وإقرار بأمر صاحب العبد، واتفاقهما على عدم الأمر بعد ذلك يجعل اتفاقاً منهما على الفسخ، ولهما ولاية الفسخ، فيجعل ذلك فسخاً منهما على طريق الابتداء لا على طريق نفي العقد من الأصل، وإنما يصح الفسخ عليهما لا على الموكل؛ لأن تصادقهما لا يعمل في حق الموكل، ويجعل في حق الموكل هذا بيعاً مبتدأ، فإن حضر صاحب العبد، وصدقهما فيما ادعيا من الفسخ، وعاد العبد إلى قديم ملكه؛ لأن فسخهما إنما لم يعمل في حق الموكل دفعاً للضرر عنه، وقد رضي بالضرر حتى صدقهما فيما زعما، وإن كذبهما فيما زعما، وقال: كنت أمرته، فالبيع ماض في حقه، والفسخ باطل في حقه، صحيح في حقهما، ويجعل في حق الموكل كأن الوكيل اشتراه من المشتري، وهو نظير المشتري مع الوكيل إذا تقايلا البيع، تعتبر الإقالة فسخاً فيما بينهما بيعاً مبتدأ

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وأثبتناه من ط وم وب.

في حق الموكل، كذا ههنا، ثم يبطل الثمن عن المشتري عند أبي حنيفة [ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأن الفسخ قد صح فيما بينهما، والفسخ يبطل الثمن عن المشتري؛ لأن الوكيل بالبيع يملك إسقاط الثمن عن المشتري عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى][1] بالفسخ، كما يملك الإبراء، ويضمن للموكل مثله، كما في الإبراء، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: لا يبطل الثمن عن المشتري؛ لأن عنده الوكيل بالبيع لا يملك إسقاط الثمن عن المشتري.

١٢٨٩٢- وفيه أيضاً: رجل في يده مملوك لرجل، قال رجل لصاحب اليد: إن صاحب العبد أمرك أن تبيعه مني بكذا، فصدقه صاحب اليد، أو سكت، وباع منه العبد، وتقابضا، ثم حضر البائع عند القاضي، وقال: إن صاحب العبد قد حضر، وأنكر الأمر بالبيع، وأقام البينة على ذلك، وأراد [نقض البيع، أو أراد][2] استحلاف المشتري على ذلك، فإن لم يكن له بينة، لا يلتفت إلى قوله؛ لأن هذه الدعوى منه لم تصح لمكان التناقض، والسعي في نقض ما تم به؛ أما إذا صدقه المشتري فيما قال، فظاهر، وأما إذا سكت فلأنه إنما باعه بناء على ما ادعى من الأمر، فصار بمنزلة المقر بالأمر، ولم يذكر في الكتاب أن صاحب اليد لو كذب في دعوى الأمر، وباعه بعد ذلك، والصحيح أن الجواب فيه نظير الجواب فيما إذا صدقه، وسكت؛ لأنه إنما باعه بناء على دعوى الأمر، فيتعلق به حق الغائب، فلا يملك إبطاله، وإن حضر صاحب المملوك عند القاضي، وجحد الأمر بالبيع، ثم غاب وطلب البائع من القاضي نقض البيع، أجابه القاضي إلى ذلك؛ لأنه لما جحد الأمر عند القاضي، فقد ظهر عنده أن البائع كان فضولياً، وأن العقد كان موقوفاً، والفضولي يملك نقض العقد الموقوف، ويكون فسخ القاضي إعانة له[3]، لا أن يكون فسخاً على الحقيقة، بخلاف الفصل الأول؛ لأن هناك القاضي لم يعاين جحود المالك، وإنما البائع يريد إثباته بالبينة بيمين المشتري، ولا بد لذلك من الدعوى الصحيحة، ودعوى البائع لم تصح، فإن طلب المشتري يمين المالك بالله ما أمره بالبيع، فالقاضي لا يؤخر النقض لذلك، ويقول له: أنقض البيع، ورد العبد على البائع، وانطلق واطلب يمين المالك؛ لأن حق النقض قد ثبت للحال بدليل وهو جحود المالك بالأمر؛ لأن

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط وم وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

(٣) وفي "م": إعانة له وتوى.

الشرع قد جعل القول قول المنكر، فقد جعله حجة، فيثبت به عدم الأمر من غير يمين، إذ اليمين شرع لنفي التهمة، لا لكونه حجة مثبتة، فهو معنى قولنا أن حق النقض قد ثبت للحال بدليله. فلا يجوز تأخيره لطلب اليمين على ذلك.

٢٨٩٣ - ولو أن صاحب العبد لم يحضر، ولم يجحد الوكالة حتى مات، فورثه البائع، فقال: إن صاحب العبد لم يأمرني بالبيع، لا يلتفت إليه؛ لأنه ساع في نقض ما تم به، ولأنه متناقض.

فإن قيل: ينبغي أن يلتفت إليه من حيث إنه صار بمنزلة الميت، وقام مقامه، وفي هذا الوجه لا يتحقق التناقض، ألا ترى أن صاحب العبد لو كان حيا فحضر وجحد الوكالة، قبل ذلك منه، فهنا كذلك. قلنا: إنما لا يلتفت إلى قوله؛ لأنه إنما صار بمنزلة الميت، وقائما مقامه في هذا العين، وشرط قيامه مقام الميت في هذا العين بقاء هذا العين على ملكه، وذلك لا يثبت بمجرد قوله، فلهذا لا يلتفت إلى قوله. وكذلك لو طلب يمين المشتري على ذلك، لا يلتفت إلى ذلك؛ لأن الدعوى لم تصح منه. وكذلك لو لم يمت رب العبد، وادعى البائع أنه جحد الأمر، ووهب هذا العبد مني، وسلمه إلي. وصار العبد لي، لا يلتفت إلى قوله؛ لأنه يدعي بطلان بيع قد صححه، وتم بمباشرته، فصار مناقضا ساعيا في نقض ما تم به، بيانه: أنه يدعي أن ذلك العقد كان موقوفا، وأن العبد صار ملكا لي بالهبة، فطرأ الملك البات على الملك الموقوف، فأوجب بطلان العقد الموقوف، فصار مدعيا انتقاض ما تم به، وبمباشرته، فلم يصح ولو مات صاحب العبد، فورثه البائع، وأقام بينة؛ لأنه يثبت ببينته على إقرار المشتري بطلان حقه، ولا يريد إبطال ما أوجبه، بل يقول: أوجبت البيع، وألزمت التسليم، إلا أن المشتري نقض، وأبطل ما أوجبت له، فانعدم التناقض من جهة البائع، والمشتري في دعوى النقض في هذه الفصول بمنزلة البائع؛ لأنه أحد المتعاقدين، وإن حضر صاحب العبد[1]، وجحد الأمر، وأراد أخذ العبد من المشتري، كان له ذلك؛ لأن العبد كان مملوكا له لم يخرج عن ملكه إنما يخرج إذا حصل البيع من البائع بأمره، وقوله في إنكار الأمر مقبول إذا لم يكن منه ما يجعله مناقضا في إنكار الأمر، فلم يثبت الأمر، فبقي العبد على ملكه كما كان، فكان له أن يأخذ العبد، وعليه اليمين إن طلب المشتري ذلك، لاحتمال النكول، وإن كان المشتري عالما، فلا سبيل له على العبد؛ لأن العبد في يد المشتري حقيقة، وقد صار مملوكا له ظاهرا؛ لأنا حكمنا بصحة البيع ظاهرا؛ لأنه إنما اشتراه منه على ظاهر الوكالة. فلا بد من نقض العقد، وإبطاله بـ

(١) وفي أ: وإن لم يمت صاحب العبد فلا مر وإن حضر صاحب العبد.

نصف العبد.

ولو أراد البائع أن ينقض البيع في النصف الآخر ليس له ذلك، لما قلنا: من التناقض، والسعي في نقض ما تم به، فكان للمشتري الخيار في النصف، إن شاء أخذه بنصف الثمن[1]، وإن شاء رده؛ لأن الصفقة قد تفرقت عليه باستحقاق النصف، ودخله عيب الشركة، فكان له الخيار لهذا، هذا الذي ذكرنا إذا اتفق البائع والمشتري يوم العقد: أن العبد لفلان، فأما إذا لم يجر بينهما شيء من ذلك وقت العقد، فقال البائع بعد بيع العبد كان لفلان، وقد بعته بغير أمره، وقال المشتري: ما أدري لمن كان هو، فالقاضي لا يلتفت إلى قول البائع، ولا ينقض البيع بينهما؛ لأن العقد قد صح من حيث الظاهر، فيصير البائع بدعواه مناقضاً ساعياً في نقض ما تم به، فلا يقبل ذلك منه، وكذلك إذا حضر فلان المقر له، وصدق البائع فيما أقر به[2]، وأراد أخذ العبد، ليس له ذلك إلا ببينة يقيمها على ملكه، أو يستحلف المشتري، فينكل، بخلاف الوجه الأول؛ لأن في الوجه الأول البائع مع المشتري اتفقا على كون العبد ملكاً لفلان، فيجوز أن يعتبر قوله في إنكار الأمر، أما ههنا لم يتفقا على كون العبد ملكاً لفلان، فلا يعتبر قوله في إنكار الأمر لو اعتبر قوله، إنما يعتبر في دعوى الملك لنفسه، ودعوى الإنسان الملك لنفسه من غير حجة مردود، فإن لم يكن له بينة، وحلف المشتري، فنكل، ودفع العبد إلى المقر له، رجع المشتري بالثمن على البائع؛ لأن البائع كان مقراً بأن المبيع ملك مستحق، وقد رجع المشتري إلى تصديقه بحكم النكول القائم مقام الإقرار، فظهر أن البائع أخذ ما أخذ من الثمن بغير حق، فكان للمشتري حق الرجوع عليه بالثمن، وإن لم يحضر المقر له حتى مات، فورثه البائع أو البائع أقام بينة أن العبد كان ملك الميت، وقد بعته بغير أمره، ثم مات العبد[3]، وينتقض البيع لطريان الملك النافذ بحكم الإرث على الملك الموقوف، فالقاضي لا يقبل بينته، ولو أراد أن يحلف المشتري على ذلك، لا يحلف؛ لأن الدعوى منه لم تصح لمكان التناقض، والسعي في نقض ما تم به، فلا يترتب عليه سماع البينة والتحليف، وإن مات المقر له، وورثه البائع ورجل آخر، فأقام الوارث الآخر بينة أن العبد كان لفلان الميت، مات وترك ميراثاً بيني وبين البائع[4].

(١) هكذا في «ز»، وكان في نسخ البواقي التي عندنا: الابن.

(٢) وفي «م»: فيما أقر به.

(٣) وفي «م»: ثم مات البائع.

(٤) هكذا في «م»، وكان في النسخ الباقية التي عندنا: وارثه الآخر من البائع.

وأنه باع بغير أمره، وصحح الميراث عنه، فهل ذلك لعدم التناقض، ويقضي له بنصف العبد، ولا يقضي بنصف الثمن؛ لأنه لو قضى به للبائع، والبائع لا يصلح خصماً في ذلك، ودعواه فيه فاسد، فكيف يصح القضاء به للبائع، والبائع لا يصلح خصماً فيها، ثم سأل القاضي المشتري العبد، كان ثمن وإن قال: كان للميت، وقد كان أمر البائع بالبيع، فالقاضي لا يقضي بالبيع في النصف الثاني؛ لأن المشتري مع البائع تصادقا أن العبد كان للميت، وأن البيع حصل بأمر المشتري يقر بالأمر صريحاً، والبائع يقر بذلك بمقتضى الإقدام على البيع، فإن إقدامه على البيع دليل صحة البيع، ولا يصح البيع في ملك الغير إلا بإذنه، فقد تصادقا على الأمر، وعلى صحة البيع، ولكن تصادقهما يعمل في حقهما، ولا يعمل في حق الوارث الآخر، فكان للوارث الآخر أن يأخذ نصيبه، ويبقى البيع في نصيب البائع كما كان، فلا ينقض البيع في نصيب البائع لهذا. ولكن لو أراد المشتري أن ينقض البيع فيه لتفرق الصفقة عليه، ولحوق عيب الشركة فيه، كان له ذلك.

وإن أقال[١] المشتري البيع، كان للبائع لا يسلم له شيء من العبد، ونقض البيع في كل العبد؛ لأن الملك يثبت للميت في جميع العبد بإقامة الوارث الآخر البينة على ذلك؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت فيما يدعي للميت، وصار البائع مستحقاً عليه بزعم المشتري، والشراء من المستحق عليه باطل، فلهذا قال: نقض البيع في الكل.

قال: ولو لم يثبت رب العبد، ولكن أقال، ثم أمر البائع بالبيع، وشهد على ذلك شهود لو كان ذلك في غير مجلس القضاء، ووكل البائع بخصومة المشتري في ذلك لم يكن البائع وكيلاً؛ لأنه يصير ساعياً في نقض ما تم به، إذ جحود صاحب العبد في غير مجلس القضاء غير معتبر، فلا يصح ذلك منه، واستشهد في الكتاب لبيان أن السعي في نقض ما تم به من جهته مردود، فقال: ألا ترى أن بائع الدار لو كان شفيع الدار، وأراد أن يأخذها بالشفعة، ليس له ذلك، وذلك لأجل أن حق الشفعة ما شرع العقد بدليل أن المشتري إذا كان شفيعاً كان له حق الأخذ، وإن كان باشر العقد، ولكن إنما كان ذلك؛ لأن البائع ساع في نقض ما تم به، والمشتري ليس بساع في نقض ما تم به.

قال في الكتاب أيضاً: ألا ترى أن البائع لا يصح وكيلاً عن الشفيع في طلب الشفعة، وإنما لم يصح لما قلنا، وهو السعي في نقض ما تم به - والله أعلم -

---

(١) هكذا في الأصل ونسخة ف، ورد في النسخة م: وإن قال للعبد: كان للبائع لا يسلم له.

نوع منه:

١٢٨٩٥ - رجل اشترى من رجل طيلساناً بألف درهم وتقابضا، ثم ادعى المشتري أن الطيلسان كان لأبيه يوم اشترى، وأن أباه مات أمس، وتركه ميراثاً له، لا وارث له غيره، وأراد أن يرجع على البائع بالثمن، لم يسمع دعواه، ولو أقام على ذلك بينة، لم تقبل بينته؛ لأنه بالإقدام على الشراء كان مقراً بالملك للبائع على رواية الجامع، وعلى رواية الزيادات (١) صار مقراً بصحة الشراء، وعلى الروايات كلها، فدعواه ملكاً للأب (٢) والإرث من جهته يصير مناقضاً ساعياً في نقض ما تم به، فلا يسمع دعواه، ولا تقبل بينته. ولو كان الأب حياً، وادعى الطيلسان لنفسه، وأقام على ذلك بينة، صح دعواه وقضي به [ويرجع المشتري بالثمن على البائع بعدم سلامة المبيع له من جهة البائع، فإن مات الأب] (٣) بعد ذلك، فورث الابن الطيلسان، سلم له، ولم يكن للبائع على الطيلسان سبيل.

أما على رواية الجامع؛ فلأنه وإن صار مقراً بملك الطيلسان للبائع، ويكون إقراره حصل في ضمن الشراء، وقد بطل الشراء بالقضاء بالطيلسان للأب، فبطل الإقرار الحاصل في ضمنه. وعلى رواية الزيادات: المشتري صار مقراً بصحة الشراء، لا بملكية الطيلسان للبائع، إلا أن القاضي لما قضى بالطيلسان للأب، تبين أن الشراء لم يكن صحيحاً. وإذا لم يكن له حق البيع، فصار مكذباً في إقراره، فالتحق بالعدم، وكذلك لو قضى القاضي بالملك للأب، فلم يقبضه الأب حتى مات، فورثه الابن، كان الطيلسان له ميراثاً؛ لأن الملك قد تقرر للأب بقضاء القاضي، فلا يبطل بالموت، وإن كان القاضي لم يقض للأب بالطيلسان حتى مات، بطلت البينة، ولم يكن له على البائع سبيل؛ لأن دوام الخصومة إلى وقت القضاء شرط صحة القضاء، وقد انقطعت خصومة الأب بالموت، والابن لا يصلح خصماً لكونه مناقضاً، فإن كان الأب قد ترك ابناً آخر غير هذا المشتري، كان هو على حجته، يعني في البينة التي أقامها الأب، أو في البينة التي يقيمها بنفسه؛ لأنه لم يسبق منه ولا من أبيه ما يوجب المناقضة، لكن القاضي إنما قضى بنصف الطيلسان، وذلك حصته، وكان ينبغي أن يقضي بكل الطيلسان؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في جميع ما يدعى له، كما ينتصب

(١) وفي النسخة م: على رواية الجامع الصغير، وهو الأشبه على رواية الزيادات: يصير مقراً.

(٢) هكذا في النسخة م، وكذا في النسخ التي أمامنا: للأب، ولعله: في ملك الأب.

(٣) هكذا في النسخة م.

المشتري عليه بالثمن؛ لأنه لم يكن راضياً بالفسخ، ألا ترى أنه لو احتيج فيه إلى قضاء القاضي، بل توقف على إجازته، فإن شاء أجاز الفسخ، وأخذ الطيلسان، وترك الثمن على المشتري، وإن شاء أبطل الفسخ، وترك الطيلسان على المشتري، فاسترد الثمن.

قيل: هذا على قول محمد رحمه الله تعالى؛ لأن قضاء القاضي بالفسخ لم ينفذ باطناً عنده، وكان للبائع الخيار، إن شاء أمضى الفسخ، وإن شاء أبطله، فأما على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه وأبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر، فقضاء القاضي بالفسخ نفذ باطناً، فلا يكون للبائع الخيار، فيأخذ الطيلسان من المشتري، ويترك الثمن عليه، وإن كان الرجوع بالثمن بغير قضاء القاضي، فالثمن يسلم للمشتري، ويؤمر برد الطيلسان على البائع؛ لأن العقد قد انفسخ فيما بينهما بتراضيهما، فيسلم الثمن للمشتري، ويؤمر المشتري برد الطيلسان على البائع؛ لأن[1] المشتري قد كان أقر صريحاً أن الطيلسان للبائع، لم يبطل هذا الإقرار في حقه، فيؤمر بتسليم الطيلسان إليه -والله أعلم-.

نوع آخر
فيه من المسائل المتفرقة:

١٢٨٩٦- قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: رجل ادعى عبداً في يدي رجل أنك بعتني هذا العبد، ونقدتك الثمن، وهو ألف درهم، وجحد البائع البيع، وقبض الثمن، فشهد الشاهدان على إقراره بالبيع، وقبض الثمن.

وقالا: لانعرف العبد، ولكنه قال: أن عبدي زيد، وشهد آخر أن هذا العبد اسمه زيد، أو شهدا على إقرار البائع أن هذا العبد اسمه زيد، فالبيع لا يتم بهذه الشهادة، ويحلف البائع، فإن حلف رد الثمن، وإن نكل عن اليمين، لزمه البيع بنكوله، وإن شهد شاهدا البيع أنه باع عبد زيد المولد ونسبه إلى شيء يعرف من عمل، أو صناعة، أو حلية، وكذلك العبد، فهذا والأول سواء في القياس، إلا أني أستحسن إن نسبوه إلى أمر معروف بإن أخبره، وكذلك الأمة.

١٢٨٩٧- وسئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى عمن اشترى من آخر أرضاً على أنها حربيان، وامتنع المشتري عند نقد الثمن لعلة أنه أنقص، والبائع يقول: بعته كما هي، فإن القول قول البائع مع يمينه فيما أمكن من شرط الحربيين، معنى المسألة أن المشتري قال: اشتريتها

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من ... .

على أنه جريبان، وأنكر البائع شرط الجريبين، فالقول قول البائع، فإن حلف، أخذ تمام الثمن، وإن نكل، وقامت البينة للمشتري على شرط الجريبين، قال بعد هذا: القول قول المشتري فيما أنكر من الجريبين. معناه القول قول المشتري مع اليمين أنها ليست جريبين، فإن حلف، فله ردها، وليس للمشتري أن يترحص أي يمسح، بل يعقد تمام الثمن.

١٢٨٩٨ - وإذا حلف البائع والمشتري، فادعى المشتري بيعًا باتًا، والبائع يدعي بيع الوفاء، فالقول قول البائع؛ لأن المشتري يدعي زوال ملك البائع عنه، وهو منكر، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة من يدعي الوفاء؛ لأنها أكثر إثباتًا؛ لأنه خلاف الظاهر في البياعات.

فإن قيل: أليس أن بيع الوفاء اعتبر في الحكم رهنًا، وفي الاختلاف في الرهن والبيع، البيع أولى؛ لأنه يزيل الملك، فكانت البينة عليه أكثر إثباتًا؟

قلنا: ليس هذا رهنًا، بل له حكم الرهن بعد ثبوته، فلابد من اعتبار ظاهر الكلام أولًا، وكلاهما بيع، وأحدهما ظاهر، والآخر خلاف الظاهر، فكان فيه زيادة، فكان أولى، وكذلك إذا ادعى أحدهما البيع والصلح عن غير طوع، وادعى الآخر عن طوع، فأقاما البينة على ما ادعيا، فبينة مدعي المكره أولى، وكذلك إذا ادعى أحدهما إقرارًا بدين كما طائعًا، والآخر يدعي على إكراه، كانت البينة بينة من يدعي الإكراه، والقول في هذه المسائل قول من يدعي الطوع، ذكر هذه المسائل في «مجموع النوازل». وقد تقدم في مسألة بيع الوفاء أن القول قول من يدعي الوفاء، وهو البائع، وقد ذكر جنس هذه المسائل قبل هذا في فصل الاختلاف الواقع بين المتعاقدين - والله سبحانه وتعالى أعلم -

الفصل الثاني والعشرون
في السلم

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع منه
في بيان شرائط بيع السلم:

١٢٨٩٩ - يقول: السلم له شرائط كثيرة: أحدها: بيان جنس المسلم فيه، كقولنا: تمر جيد، أو رديء، والثاني: بيان نوعه، كقولنا: فارسي، أو ما أشبه ذلك، والثالث: بيان صفته، كقولنا: جيد أو رديء، والرابع: بيان قدره في المكيلات بالكيل، وفي الموزونات بالوزن، وفي المعدودات بالعدد؛ لأن بدون بيان هذه الأشياء يقع بينهما منازعة مانعة من التسليم والتسلم، أما إذا لم يبينا الجنس؛ فلأن المسلم فيه أجناس مختلفة، فالمسلم إليه ربما يعطي جنساً، ورب السلم يطالبه بجنس آخر، وليس الرجوع إلى قول أحدهما بأولى من الآخر؛ لأنهما متعاوضان، وقضية المعاوضة التساوي، وأما إذا لم يبينا النوع والصفة، فلأن المسلم فيه يختلف باختلاف النوع والصفة، فيعين كل واحد منهما نوعاً آخر، وصفة أخرى، وأما إذا لم يبينا [(١)] المقدار؛ فلأن كل واحد منهما يعين المقدار غير ما يعين صاحبه، وينبغي أن يعين مقداره بمعيار لا يتوهم فقده من أيدي الناس، ولو علم قدره بمكيال بعينه، نحو أن يقول: بهذا الإناء بعينه، أو بهذا الزنبيل، أو بوزن هذا الحجر، لا يجوز إذا كان لا يعرف كم يسع في الإناء، ولا يعرف وزن الحجر، وبيع العين بخلاف بيع السلم[(٢)]، هذا هو المشهور؛ فإن من قال لغيره: بعت منك هذه الصبرة بهذا الزنبيل، أو بوزن هذا الحجر، جاز في المشهور من الرواية؛ لأن التسليم في باب السلم لا يجب بالعقد، وإنما يكون بعد حلول الأجل، فمن الجائز أن يهلك ذلك الإناء والحجر قبل حلول الأجل، فلا يدري كم يجب تسليمه، وأما في بيع العين فالتسليم بنفس العقد، وأنه لا يهلك في هذه المدة اللطيفة غالباً، فلا يتمكن الجهالة، وكذا في الذرعيات ينبغي أن يعلم قدره بذرع لا يتوهم فقده من أيدي الناس، وإن أعلمه بخشبة بعينها، لا

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل و... أثبت هذه العبارة من النسخ [illegible]

(٢) وفي "م": بيع العين.

بذرى كم هي، أو بذراع يده، أو يد فلان، لا يجوز.

الشرط الخامس: أن يكون المسلم فيه مؤجلاً بأجل معلوم، حتى إن سلم الحال لا يجوز، وهذا مذهبنا.

وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه: الأجل ليس بشرط، فيجوز السلم، والصحيح مذهبنا؛ لأن جواز السلم عرف بخلاف القياس بالنص، والنص جوزه بشرط الأجل، قال عليه الصلاة والسلام: «من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[1].

١٢٩٠٠- واختلف الروايات في أدنى الأجل الذي لا يجوز السلم بدونه، ذكر ابن أبي عمرو أن البغدادي أستاذ الكرخي قال: إنه مقدر بثلاثة أيام فصاعداً، وقال: وهو قول أصحابنا رحمهم الله تعالى.

وعن أبي الحسن الكرخي: أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في تأجيل مثله، فإن كان شرط[2] أجلاً يؤجل لمثله في العرف والعادة يجوز السلم، وما لا فلا.

وعن أبي بكر الرازي أنه قال: أقل مقدار يتعلق به جواز السلم أن يكون زائداً على مجلس العقد، ولو ساعة، وعن محمد رحمه الله تعالى أنه قدر أدناه بالشهر فصاعداً، وعليه الفتوى.

١٢٩٠١- الشرط السادس: أن يكون المسلم فيه موجوداً من وقت العقد إلى وقت محل الأجل [حتى إن السلم في المنقطع لا يجوز، وهذا مذهبنا، وقال الشافعي: الشرط وجوده وقت محل الأجل][3] لا غير، والصحيح مذهبنا؛ لأنه أسلم فيما هو معجوز التسليم في

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٤٥): باب السلم في وزن معلوم، والإمام مسلم في صحيحه (١٦٠٤) أيضاً في باب السلم، والترمذي في سننه (١٣١١): باب ما جاء في السلف في الطعام والتمر، والبيهقي في الكبرى (١٠٨٦٣): باب جواز السلف المضمون بالصفة، وأبو داود في سننه (٣٤٦٣): باب السلف، والدارقطني (٤): كتاب البيوع، والنسائي في سننه (٤٦١٦): باب السلف في الثمار، وابن ماجه في سننه (٢٢٨٠): باب السلف في كيل معلوم، والطبراني في الكبير (١١٢٦٤-١١٢٦٥)، وكلهم بلفظ من أسلف فليسلف، وقد ذكر باللفظ المذكور ابن عبد البر في التمهيد (٢/٦٣)، وابن حجر في فتح الباري (٤/٤٣٤)، والزرقاني في شرحه (٣/٤٢٦)، وابن حجر في الدراية (٨٠٥).

(٢) وفي م: فإن كان قدر ما أجل أجلاً يؤجل مثله.

(٣) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ و ب.

الحال، فلا يجوز كما لو جعل محل الأجل قبل إدراك المسلم فيه.

بيانه: أن العجز ثابت في الحال لو ارتفع العجز إنما يرتفع بسبب قيام الأجل إلى وقت الإدراك، ألا ترى لو جعل محل الأجل قبل ذلك لا يجوز، فقلنا: وقيام الأجل إلى وقت الإدراك ثابت باستصحاب الحال، لا بدليل يوجب بقاءه بيقين، لجواز أنه يسقط قبل ذلك إما بإسقاط من له الأجل، أو بموته، واستصحاب الحال يصلح لإبقاء ما كان ثابتًا، ولا يصلح لإثبات ما لم يكن ثابتًا إلا لضرورة، ولا ضرورة هنا؛ لأنه يمكن أن يقبض المسلم في [غير](1) المنقطع، وإذا لم يثبت القدرة بسبب قيام الأجل الثابت باستصحاب الحال، حصل السلم في معجوز التسليم للحال وفي الثاني، فأشبه كما لو كان موجودًا وقت العقد؛ لأن القدرة ثابتة في الحال بقاءً لوجوده في أيدي الناس، فعجز العقد لثبوت القدرة في الحال، ولم يمنع الجواز. ثم توهم زوالها بعارض يثبت إذا كان المسلم فيه موجودًا من وقت العقد إلى وقت محل الأجل، حتى جاز السلم، فلم يأخذ رب السلم محل الأجل حتى انقطع، فصاحب السلم بالخيار، إن شاء فسخ العقد، وأخذ رأس ماله، وإن شاء انتظر وجوده؛ لأن العقد وقع صحيحًا، وقد عجز المسلم إليه عن تسليم المعقود عليه، فكان لرب السلم أن يفسخ العقد، ويرجع برأس ماله، وحد الانقطاع ما ذكر الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله تعالى أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه، وإن كان يوجد في البيوت الذي لا يباع فيه.

الشرط السابع: أن يكون المسلم فيه شيئًا يتعين بالتعيين، حتى لا يجوز السلم في الأثمان، نحو الدراهم المضروبة، والدنانير المضروبة؛ لأن المسلم فيه يجب أن يكون مبيعًا؛ لأن السلم شرع بطريق الرخصة، والرخصة باستباحة المحظور مع قيام الحاظر، فاستباحة الشيء مع قيام الحاظر بخلاف القياس، فالتنصيص على الرخصة في السلم تنصيص على أن السلم يجوز بخلاف القياس، وإنما يكون جواز السلم بخلاف القياس إن كان المسلم فيه مبيعًا، فأما إذا كان ثمنًا، كان جوازه على موافقة القياس؛ لأن البيع بالثمن، والثمن ليس في ملكه جائز قياسًا واستحسانًا، وهل يجوز السلم في التبر، على رواية كتاب الصرف لا يجوز؛ لأنه على رواية كتاب الصرف التبر ثمن، وعلى رواية كتاب الشركة يجوز؛ لأنه على رواية كتاب الشركة التبر مبيع.

الشرط الثامن: أن يكون المسلم فيه من الأجناس الأربعة من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة والمذروعات، حتى لا يجوز السلم في الحيوان، هذا مذهبنا، وإنما كان

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبتنا هذه الكلمة من م.

كذلك؛ لأن الحيوان متفاوت في نفسه، فإنك تجد حيوانين متفقين في الجنس والصفة والنوع، ثم يختلفان في القيمة اختلافاً فاحشاً لتفاوت بينهما في المعاني الباطنة من الهملجة وحسن السير، وما أشبه ذلك، ولهذا لا يضمن بالحيوان في الإتلاف بمثله، وما كان بهذه الصفة لا يجب ديناً في الذمة بدلاً عما هو مال، إما لأنه يفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم، أو لأن الواجب في الذمة يقضي بالمثل بلا زيادة ونقصان، كضمان الإتلاف، وإذا كان المماثلة شرطاً بين الواجب والمؤدي، وإنها لا توجد في الحيوان أدى إلى الربا، إلى هذا أشار عمر رضي الله تعالى عنه [في قوله: إن من الربا أبواباً لا يكدر](١) بحقين على أحد منهم التسليم في السن، أي(٢) السلم في الحيوان، فقد جعل السلم في الحيوان من الربا، وإنما يتحقق الربا في السلم في الحيوان من الوجه الذي قلنا، كان القياس أن لا يجوز السلم في الثياب أيضاً؛ لأنها ليست من ذوات الأمثال، فيؤدي إلى الربا أيضاً على نحو ما بينا في الحيوان، لكن تركنا القياس ثمه بحديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما، فإنه سئل عن السلم في الكرابيس، فقال: لا بأس به إذا كان ضرباً معلوماً إلى أجل معلوم، والنص الوارد في الثياب بخلاف القياس لا يكون وارداً في الحيوان؛ لأن في الحيوان نصاً آخر بخلاف، وهو حديث عمر رضي الله تعالى عنه.

الشرط التاسع: بيان مكان الإيفاء إذا كان المسلم فيه شيئاً له حمل ومؤنة، كالحنطة وغير ذلك، وهذا قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه آخراً، وكان أبو حنيفة رحمه الله تعالى أولاً يقول بيان مكان الإيفاء ليس بشرط، ولكن إن بينا مكان الإيفاء يتعين ذلك المكان للإيفاء، وإن لم يبينا مكاناً يتعين مكان العقد للإيفاء، وهو قولهما، وعلى قوله الآخر: إذا لم يبينا مكاناً للإيفاء، لا يتعين مكان العقد للإيفاء، بل يبقى مكان الإيفاء مجهولاً.

وأجمعوا على أن مكان العقد يتعين لإيفاء رأس المال، وأجمعوا على أن في بيع العين إذا كان المبيع حاضراً في مجلس العقد يتعين مكان العقد لإيفاء المبيع، وأجمعوا على أن مكان القرض والغصب والاستهلاك يتعين للإيفاء، وعلى هذا الخلاف إذا باع عبداً حاضراً بكر حنطة ديناً في الذمة إلى أجل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى آخراً يشترط بيان مكان الإيفاء للحنطة، هو الصحيح، وعندهما يتعين مكان العقد للإيفاء، وعلى هذا الخلاف إذا قسم

(١) هكذا في م، وكان في الأصل والنسختين ظ و ف: في قوله، فإن الربا حوالاً لا يكاد يخفى.

(٢) هكذا في النسختين ف و م، وكان في الأصل و ظ: أن.

الرجلان دارًا على أن يرد أحدهم كرًا مؤجلاً في الذمة على صاحبه، عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه آخرًا يشترط بيان مكان الإيفاء للحنطة لصحة القسمة، هو الصحيح، وما ذكر في كتاب القسمة محمول على قوله الأول، وعندهما يتعين مكان القسمة لإيفاء الحنطة.

وعلى هذا الخلاف إذا أجر داره بما له حمل ومؤنة، عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه آخرًا يشترط بيان مكان الإيفاء لصحة الإجارة، وعندهما يتعين مكان الدار للإيفاء.

وجه قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى في المسألة أن سبب التزام الكر السلم، فيتعين مكان السلم للإيفاء كما في الغصب والقرض، وما أشبه ذلك، وهذا لأن العقد عقد معاوضة، والمعاوضة تقتضي التساوي، فإذا وجب تسليم أحد البدلين، وهو رأس المال في مكان العقد [يجب تسليم البدل الآخر فيه تحقيقًا للتساوي، ألا ترى أن في بيع العين إذا كان المبيع حاضرًا في مكان العقد][1] حتى وجب تسليم المبيع في مكان العقد، فيجب تسليم الثمن في مكان العقد، وإذا كان غائبًا عن مكان العقد حتى وجب تسليمه في المكان الذي فيه، يجب تسليم الثمن في ذلك المكان، يستوي حكم البدلين كذا ههنا، وإذا تعين مكان العقد للإيفاء، كان مكان الإيفاء معلومًا، ولو فسد العقد ههنا، فسد لجهالة مكان الإيفاء.

ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه إن مكان العقد لو تعين مكان للإيفاء: إما تعين نصًا بالعقد، أو ضرورة، لا وجه إلى الأول؛ لأن العقد لا يتعرض للمكان أصلاً من حيث النص، لا وجه إلى الثاني؛ لأن الضرورة إنما تتحقق إذا وجب تسليم المعقود عليه عقيب العقد حتى يصير مطالبًا بالتسليم عقيب العقد، فيتعين مكان العقد للإيفاء ضرورة، وجوب التسليم عليه في مكان العقد، وفي هذه المسائل التي ذكرناها، لم يجب تسليم المعقود عليه عقيب العقد، فلم يصر مطالبًا بالتسليم في مكان العقد فلا يتعين مكان العقد للإيفاء، وإذا لم يتعين مكان العقد للإيفاء، ولم يعيّنا مكانًا آخر، بقي مكان الإيفاء مجهولاً، وأنه يفسد العقد فيما له حمل ومؤنة لمكان المنازعة، وأما إذا كان المسلم فيه شيئًا ليس له حمل ومؤنة، لا يشترط بيان مكان الإيفاء بالإجماع، وهل يتعين مكان العقد للإيفاء؟ ذكر في بيوع "الأصل" وفي "الجامع الصغير": ما يدل على أنه لا يتعين عندهم جميعًا، وذكر في كتاب الإجارات: ما يدل على أنه لا يتعين عندهم جميعًا، وإن بينا مكانًا آخر للإيفاء فيما ليس له حمل ومؤنة، هل يتعين ذلك المكان للإيفاء، وذكر في كتاب الإجارات أنه لا يتعين، وذكر الطحاوي أنه يتعين، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى في "الأصل".

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الشرط العاشر: قبض رأس المال في المجلس، سواء كان رأس المال شيئاً يتعين بالتعيين أو لا يتعين، إنما كان كذلك لأن السلم عقد غرر بخلاف القياس لحاجة المفلس إلى رأس المال، فإذا افترقا من غير قبض رأس المال، تبين أنه لا حاجة، فيعمل فيه بالقياس، فقد ذكر قبض رأس المال في المجلس، وقبض رأس المال في المجلس ليس بشرط لا محالة، وإنما الشرط القبض قبل الافتراق بالأبدان؛ ألا ترى إلى ما ذكر في «النوادر»: ولو تعاقدا عقد السلم، ومشيا ميلاً أو أكثر، ولم يغب أحدهما عن صاحبه، ثم قبض رأس المال، ثم افترقا [جاز][1].

وفي «النوادر» أيضاً: لو ناما أو نام أحدهما لم يكن ذلك فرقة، وفيه أيضاً لو أبى المسلم إليه قبض رأس المال في المجلس، أجبر عليه.

الشرط الحادي عشر: إعلام قدر رأس المال في المقدرات، نحو المكيلات والموزونات، والعدديات المتقاربة، وإن كان مشاراً إليه في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: إعلام القدر بعد أن كان مشاراً إليه ليس بشرط حتى إن من قال لغيره: أسلمت إليك هذه الدراهم في كر حنطة، ولا يعرف وزن الدراهم، أو قال: أسلمت إليك هذه [ ][2] الحنطة في كذا من زعفران، ولا يعرف قدر الحنطة، لا يجوز على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه.

وأجمعوا على أن رأس المال إذا كان شيئاً ذرعياً، أو حيواناً، أو شيئاً من العدديات المتفاوتة أنه يصير معلوماً بالتعيين والإشارة، وأجمعوا على أن في بيع العين بالثمن يصير معلوماً بالإشارة إليه والتعيين، ولا يحتاج إلى إعلام قدره.

وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: بأن الدراهم قلّ ما تخلو عن الزيف، وقد يرد الاستحقاق على بعضها، فإذا رد الزيف، ولم يستبدل في المجلس، أو استحق انتقض العقد بفسخ العقد بقدره، فإذا لم يعلم مقداره لا يدري في أي قدر بقي العقد، وفي أي قدر انفسخ، أكثر ما في الباب أن هذه أمور موهومة إلا أن الأصل في السلم عدم الجواز، وقت جوازه إذا وقع الأمن عن الغرر من كل وجه بإعلام قدر رأس المال، وبه فارق ما إذا كان رأس المال ثوباً بعينه، حيث لا يشترط بيان ذرعانه؛ لأن الذرعان في الثياب يجري مجرى الوصف، وإعلام الوصف بعد الإشارة ليس بشرط.

(1) ما بين المعقوفين ساقطة من الأصل، وقد أثبتت هذه الكلمة من جميع النسخ التي عندنا.

(2) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبتت هذه العبارة من النسختين [illegible]

١٢٩٠٢- ويبتنى على هذه المسألة: إذا أسلم عشرة دراهم في شيئين، ولم يبين حصة كل واحد منهما، إن كانا مختلفي الجنس، بأن أسلم في هروي، أو مروي، وأسلم في حنطة وشعير، أو كانا متفقي الجنس مختلفي الصفة، بأن أسلم في هروي، تبين أحدهما جيد، والآخر رديء، لا يجوز عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ما لم يبين حصة كل واحد منهما.

وإن كانا متفقي الجنس والصفة، بأن أسلم في هرويين جيدين، القياس على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن يشترط بيان حصة كل واحد منهما، وفي الاستحسان لا يشترط [وفي كري حنطة متفقي الصفقة، أو كري شعير متفقي الصفقة لا يشترط][1] بيان حصة كل واحد منهما بالإجماع، قياساً واستحساناً.

١٢٩٠٣- الشرط الثاني عشر: أن يكون رأس المال منقداً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عنه يعني سره كرده، خلافاً لهما؛ لأن ترك الانتقاد يؤدي إلى فساد السلم على ما عليه غالب دراهم الناس، فإنه لا يخلو عن الزيوف، فمتى لم ينقده وربما يجد أكثره زيوفاً، فيرده، ويفسد السلم في قدر المردود، واستبدل مثله جياداً في مجالس الرد، أو لم يستبدل، والاحتراز عن هذا الفساد ممكن عن لا يعتاد، فيكون شرطاً عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه.

١٢٩٠٤- الشرط الثالث عشر: أن يكون عقد السلم مما لا خيار فيه، فإذا عقد عقد السلم بشرط الخيار لهما أو لأحدهما، فالسلم فاسد، إلا إذا أبطل صاحب الخيار خياره قبل التفرق بالأبدان، ورأس المال قائم في يد المسلم إليه، فحينئذ ينقلب العقد جائزاً، ولو كان رأس المال هالكاً في يد المسلم إليه وقت إبطال الخيار، لا ينقلب العقد إلى الجواز.

الشرط الرابع عشر: أن يكون ما جعل مسلماً فيه مضبوطاً بالوصف على وجه يلتحق بذكر الوصف لذوات الأمثال حتى قالوا: ما كان مضبوطاً بوصفه معلوماً بقدره، موجوداً من وقت عقده إلى وقت أجله، يجوز السلم فيه، وما لا فلا.

نوع آخر
في بيان ما يجوز السلم فيه، وما لا يجوز:

١٢٩٠٥- إذا أسلم ثوباً هروياً في ثوب هروي، لا يجوز، وإذا أسلم قفيز حنطة في قفيز شعير لا يجوز أيضاً، والأصل في جنس هذه المسائل معرفة علة الحرمة في ربا النقد، وفي ربا النسأ، فنقول [ربا النقد يحرم بوصفين، وهو القدر والجنس، ويعني بالقدر الكيل في

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من نسختي "م" و "ظ".

الكيل والوزن في الموزون، ولأن ربا النساء يحرم بأحد وصفي علة ربا النقد، وهو الجنس في مثمنين، أو ثمنين، فإذا أسلم ثوبًا هرويًا في ثوب هروي، والوزن والكيل في ثمنين، أو مثمنين، حتى إنه إذا أسلم قفيز حنطة في قفيز شعير، لا يجوز لوجود الكيل في مثمنين، وكذلك إذا أسلم الدراهم في الذهب، لا يجوز لوجود الوزن في الثمنين.

١٢٩٠٦- وإذا أسلم الحديد في الزعفران، لا يجوز؛ لوجود الوزن في المثمنين، وإذا أسلم الدراهم في الزعفران، يجوز؛ لأنه لم يوجد الوزن في ثمنين أو مثمنين، إنما وجد في ثمن ومثمن، ولا بأس بأن يسلم الفلوس في الحديد والرصاص، وما أشبهه؛ لأنه لم يجمعهما أحد وصفي علة ربا النقد، وهو الوزن أو الجنس.

١٢٩٠٧- وإذا أسلم الفلوس في الصفر، لا يجوز؛ لأنه يجمعهما الجنس، والمراد من الفلوس الرائجة، أما لو كانت كاسدة، لا يجوز إسلامها في الحديد والرصاص؛ لأنها بالكساد صارت وزنية، فيكون هذا إسلام الموزون في الموزون، وهما مثمنان، ولو أسلم النصل في الحديد، لا يجوز؛ لمكان الجنس، وكذا السيف في الحديد، وإن أسلم السيف في الصفر يجوز، إذا كان السيف يباع عددًا، وإن كان يباع وزنًا، لا يجوز، ولأن في الوجه الثاني جمعهما الوزن، وفي الوجه الأول لا.

١٢٩٠٨- وإذا أسلم الدراهم في المكيلات وزنًا، أو أسلم الدراهم في الموزونات كيلًا، ومعناه إذا أسلم فيما ثبت كيله بالنص وزنًا، أو أسلم فيما ثبت وزنه بالنص كيلًا.

وروى الحسن في «المجرد» عن أصحابنا رحمهم الله تعالى: أنه يجوز، وذكر الطحاوي عن أصحابنا أنه لا يجوز، فصار فيه روايتان.

وفي «المنتقى»: ذكر قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، فيما إذا أسلم في المكيل وزنًا في طرف عدم الجواز، وقول أبي يوسف في طرف الجواز.

واتفقت الروايات عن أصحابنا رحمهم الله تعالى أن ما ثبت كيله بالنص لا يجوز بيعه بجنسه وزنًا، وإن تماثلا وزنًا، كالحنطة بالحنطة، وأشباهها؛ لأن الشرع ورد فيها بالجواز بشرط التماثل في الكيل.

قال في «فتاوى أهل سمرقند»: لو علم أنهما تماثلا كيلًا يجوز، وكذا بيع الدقيق بالدقيق وزنًا لا يجوز، وإن تماثلا في الوزن؛ لأن الدقيق كيلي، حتى لو علم أنهما تماثلا كيلًا يجوز فيه أيضًا، وما ثبت وزنه بالنص لا يجوز بيعه بجنسه كيلًا، كالدراهم بالدراهم كيلًا، إلا رواية

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب.

شاذة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، قال: يجوز إذا اعتاد الناس ذلك.

والحاصل أن ما ثبت كيله بالنص فهو مكيل أبداً، وما ثبت وزنه بالنص فهو موزون أبداً، وما لا نص فيه، ولكن عرف كونه مكيلا على عهد رسول الله ﷺ بعرف أهل زمانه، فهو مكيل أبداً، وإن تعارف الناس بيعه وزناً في زماننا، وما عرف كونه موزوناً في ذلك الوقت، فهو موزون أبداً، وما لم يعرف حاله على عهد رسول الله ﷺ يعتبر فيه عرف الناس في زماننا إن تعارفوا كيله فهو مكيل، وإن تعارفوا وزنه، فهو موزون، وإن تعارفوا كيله ووزنه، فهو مكيل وموزون، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى.

١٢٩٠٩ - وقال أبو يوسف: المعتبر في جميع الأشياء عرف الناس في زماننا عرف كون ذلك النص مكيلا على عهد رسول الله ﷺ، أو موزوناً، أو لم يعرف، وما ثبت كيله ووزنه بالنص، لا يجوز بيعه بجنسه مجازفة، وإن تبايعا صبرة بصبرة مجازفة، ثم كيلا بعد ذلك، فكانت متساويين، لم يجز العقد عندنا، والمعتبر في جواز العقد العلم بالمساواة وقت العقد، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرحه في آخر الباب الأول من كتاب البيوع.

١٢٩١٠ - وإذا أسلم اللبن في جنسه كيلا، أو وزناً معلوماً إلى أجل معلوم جاز؛ لأن كون اللبن مكيلا أو موزوناً غير ثابت بالنص، ولم يعرف حاله على عهد رسول الله ﷺ أيضاً، فيكون العبرة فيه للعرف، والناس اعتادوا بيعه كيلا ووزناً، وكذلك الخل والعصير نظير اللبن لما قلنا، ثم ذكر في اللبن جنسه.

قال شمس الأئمة: هذا في ديارهم؛ لأن اللبن كان ينقطع من أيدي الناس في بعض الأوقات، أما في ديارنا لا ينقطع، فيجوز في كل وقت، والخل يوجد في كل وقت، فلا يشترط الجنس[1]، والعصير لا يوجد في كل وقت، فيشترط السلم في جنسه في هذا الباب أيضاً.

١٢٩١١ - وأما إذا شرط في السلم طعام قرية، أو أرض خاصة، لا يبقى طعامها في أيدي الناس، فالسلم فاسد، وإن شرط طعام موضع يبقى طعامه، كطعام خراسان، أو ما وراء النهر، يجوز؛ لأنه إذا كان لا يبقى طعامها في أيدي الناس لا تثبت القدرة على التسليم قطعاً، أو شبيهاً به في وقت حلول الأجل، ولا بد منها لجواز السلم، وإذا كان طعامها يبقى يثبت القدرة على التسليم قطعاً أو شبيهاً بالقطع، وذكر المسألة في "الأصل".

---

(١) هكذا في الأصل والنسخة "ظ"، وكان في النسختين: "م" و"ف": الحين.

حر، لا يجوز، ولم يفصل. وإن أسلم غزلاً في ثوب](1) جاز وعلى ما قال: لأن اللبد ينقض، فيعود صوفاً، وكذلك الخز والنسج والثوب لا ينقض، فيعود غزلاً، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى لا بأس أن يسلم اللبن في الجبن، وعنه أيضاً: ويجوز أن يسلم التمر في الناطف وإن لم يخلط الناطف الدقيق قال في «الجامع الصغير»: لا بأس بالسلم في الجوز والبيض عدداً.

١٢٩١٥ - وفي «الأصل»: قال: لا بأس بالسلم في الجوز، والبيض عدداً، أو وزناً وكيلاً، ولا خير في السلم في الرمان، والسفرجل، والبطيخ، والقثاء، وما أشبه ذلك؛ لأن الجوز والبيض عددي [متقارب والسلم في العدديات المتقاربة جائزة، ولا كذلك الرمان والسفرجل؛ لأنه عددي متفاوت فالسلم في العدديات المتفاوتة](2) لا يجوز والمتفاوت ما نقل عن أبي يوسف كل ما يتفاوت آحاده في القيمة، فهو عددي متفاوت، وما لا يتفاوت آحاده في القيمة، فهو عددي متقارب، ثم قال: يجوز السلم في الجوز والبيض عدداً، ولم يشترط للجواز إعلام الصفة أنه جيد، أو وسط أو رديء.

قالوا: وقد ذكر محمد في «الزيادات»: أنه يجوز السلم في الجوز، وإن لم يسم وسطاً، ولا جيداً، وأما في البيض: إن بين بيض الإوز أو الدجاجة، أو الحمام يجوز، وإن لم يسم وسطاً، ولا جيداً، فلم يجعل إعلام الصفة شرطاً للجواز في البيض والجوز؛ لأنه لما سقط إعلام القدر حتى جاز السلم فيها عدداً مع أن بين العددين تفاوتاً من حيث القدر، فلأن يسقط إعلام الصفة أولى.

وفي «المنتقى»: عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: ولا خير في السلم في جوز الهند، وفي بيض النعام؛ وعنه أيضاً: إذا أسلم بيض الإوز في بيض الدجاج، أو أسلم بيض الدجاج في بيض الإوز إن كان في حين يقدر عليه جاز، وإن كان في حين لا يقدر عليه، لا يجوز.

١٢٩١٦ - وقال محمد في «الجامع الصغير»: ويجوز السلم في الفلوس عدداً، ذكر المسألة مطلقة من غير ذكر خلاف، فمن مشايخنا من قال: إن جواز السلم في الفلوس قولهما؛ لأن ثمنية الفلوس عندهما قابلة للبطلان؛ لأن الفلوس إنما صار ثمناً باصطلاح الناس، وإلا فهي سلعة في الأصل، وما ثبت باصطلاح الناس يبطل باصطلاحهم على خلافه، فإذا أقدما على السلم فيها، والسلم لا يجوز إلا في المثمن، تضمن ذلك إبطالاً للاصطلاح الأول، فعادت سلعة، فيجوز السلم فيها، فأما على قول محمد: ينبغي أن لا

.....

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

يجوز؛ لأنه يعتبر[1] الفلوس ثمناً، حتى لا يجوز بيع فلس بفلسين، والسلم في الأثمان لا يجوز.

قالوا: وقد روى أبو الليث الخوارزمي عن محمد أيضاً: أن السلم في الفلوس لا يجوز، ومن المشايخ قال: جواز السلم في الفلوس قول الكل، وهذا القائل يفرق لمحمد بين السلم وبين البيع، والفرق أن من ضرورة جواز السلم كون المسلم فيه مثمناً، فيتضمن إقدامهما على المسلم إبطالا لذلك الاصطلاح في حقهما، أما ليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثمناً، فإن بيع الأثمان كبيع الدراهم بالدراهم وبيع الدنانير بالدنانير جائز، فلا يتضمن إقدامهما على البيع إبطالا لذلك الاصطلاح في حقهما، فبقي ثمناً كما كان. فلا يجوز بيع الواحد بالاثنين، ويجوز السلم في الثوم والبصل كيلا، لا عدداً، ذكرهما شيخ الإسلام في شرحه، وجعلهما من العدديات المتفاوتة، والسلم في الباذنجان يجوز عدداً، ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرحه، والسلم في الكاغذ يجوز عدداً؛ لأنه عددي.

٦٢٩١٧- ذكر الصدر الشهيد في «واقعاته»: ولا خير في السلم في الرطبة؛ لأن الرطبة لا تباع وزناً، إنما يباع حزماً، وبين الحزم تفاوت، وكذلك في الحطب حزماً، أو أوقاراً، فإن بين شيئاً من ذلك على وجه لا يتمكن المنازعة بينهما في التسلم والتسليم يجوز، وفي بعض الشروح لو بيّن الطول والعرض، والغلظ في اللبن، وكان عرف ذلك جاز، وإذا أسلم في كندم نيكو، أو قال: كندم نيك أو قال كندم سپيد، أو قال في كندم سپيد، يجوز؛ لأنه يراد بهذه الألفاظ الجيد.

٦٢٩١٨- في «فتاوى أبي الليث»: وفي «الأصل»: لا خير في السلم في الزجاج إلا أن تكون مكسرة، فيشترط فيها وزناً معلوماً، فيجوز، وكذلك جوهر الزجاج، فإنه موزون معلوم على وجه لا يتفاوت فيه، فأما الأواني المتخذة من الزجاج، فهي عددية متفاوتة، فلا يجوز السلم فيها لا بذكر العدد، ولا بذكر الوزن، قال شمس الأئمة السرخسي: إلا أن يكون شيئاً معروفاً يعلم أنه لا يتفاوت في المالية، كالمكاحل، والطابقات[2]، فإن أجاز ذلك، لا يختلف في المالية، إنما يختلف في أنواعه، وكل نوع معلوم عند أهل هذه الصنعة، فيجوز السلم فيه حينئذ بذكر العدد، وقال: لا بأس بالسلم في الآجر، واللبن إذا اشترط من ذلك شيئاً معروفاً، وأجلا معلوماً، ومكاناً معلوماً، وأراد بقوله: شيئاً معلوماً ملناً معلوماً.

(١) هكذا في «ف»، وكان في الأصل والنسختين: «ظ» و «م»: لا يعتبر.

(٢) وفي «ف»: والطاسات.

بين الذرع لا يجوز؛ لأن الذرع في الثوب صار بمنزلة الصفة، فكأنه أسلم موصوفاً، ولم يذكر صفته.

١٢٩٦١ - قال شيخ الإسلام خواهر زاده في شرحه: إذا شرط الوزن في الحرير، ولم يشترط الذرع، فإنه لا يجوز السلم ما لم يبين لكل ذرع ثمناً، أما إذا بين لكل ذرع ثمناً، يجوز، وإذا بين طولها وعرضها بذراع رجل معروف، فلا خير فيه، هكذا ذكر في الأصل. قال مشايخنا: أراد بقوله: بذراع رجل معروف، معنى الذراع لا الاسم، وهو الخشب، ألا ترى أنه قال: لو مات الرجل، لم يدر رب السلم ما حقه في السلم، وإذا شرط كذا كذا ذراعاً مطلقاً، فله ذراع وسط، اعتباراً للنظر من الجانبين، واختلف المشايخ في تفسير قوله: فله ذراع وسط، بعضهم قالوا: أراد به المصدر، وهو فعل الذرع، لا الاسم، وهو الخشب، يعني لا يمد كل المد، ولا يرخي كل الإرخاء، وقال بعضهم: أراد به الخشب؛ لأن خشب الذرع يتفاوت في الأسواق، فمنها ما يكون أقصر، ومنها ما يكون أطول، قال شيخ الإسلام: والصحيح أنه يحمل(١) عليهما إذا شرط مطلقاً، فيكون له الوسط منهما نظراً من الجانبين، قال في الأصل: ولا بأس بالسلم في التبن كيلاً معلوماً، وصفة معلومة، وكيله المعروف، فإن كان معروفاً يجوز، وإن كان لا يعرف ذلك، فلا خير فيه، فقد شرط الكيل في التبن، وقد اختلف المشايخ، قال بعضهم: إنه مكيل على كل حال؛ لأنه منقول من الكيل، وهو الحب، فلا يتغير، وقال بعضهم: إن تعارف الناس وزنه، فهو موزون، وإن تعارفوا كيله، فهو مكيل.

١٢٩٦٢ - ولا بأس بالسلم في البواري بعد أن يشترط ذراعاً معلوماً، وصفة معلومة، وصنعة(٢) معلومة، هكذا ذكر في القدوري.

١٢٩٦٣ - ولا خير في السلم في جلود الإبل والبقر والغنم؛ لأنه عددي متفاوت، فإن بين لذلك ضرباً معلوماً، يجوز، والأدم إذا كان يباع وزناً، يجوز السلم فيها بذكر الوزن إذا بين نوعاً على وجه لا يمكن المنازعة بينهما في التسليم والتسلم.

١٢٩٦٤ - ولا خير في السلم في الرؤوس والأكارع؛ لأنها من العدديات المتفاوتة؛ لأن التفاوت الذي يكون بين رأس ورأس وكراع وكراع تفاوت يعتبره الناس فيما بينهم، ويجري المماكسة لأجله، ولا يشترون إلا بعد الإشارة.

١٢٩٦٥ - ولا خير في السلم في اللحم في قول أبي حنيفة من غير فصل بين ما إذا كان

(١) وفي م: أنه عمل.

(٢) وفي ظ: صفة.

منزوع العظم، أو لم يكن، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: لا بأس به إذا بين الجنس، بأن قال: شاة أو بقرة، وبين السن، بأن قال: جذع أو ضأن، وبين النوع بأن قال: خصي أو فحل، وبين صفة اللحم بأن قال: سمين أو مهزول، وبين الموضع بأن قال: من الجنب مثلاً، وبين المقدار بأن قال: عشرة أمناء، فوجه قولهما: إن الجهالة تنعدم ببيان هذه الأشياء، ولو لم يجز السلم ههنا، إنما لم يجز لمكان الجهالة، ولأبي حنيفة وجهان: أحدهما: أن اللحم يتفاوت باختلاف العظم، يقل اللحم عند عظم العظم، ويكثر عند صغره، فكان السلم فيه مجهولاً، وهذا التعليل يقتضي جواز السلم إذا كان منزوع العظم.

الثاني: أن اللحم يتفاوت من حيث السمن والهزال، ورغبات الناس تتفاوت فيه، وهذا التعليل يقتضي أن لا يجوز السلم فيه، وإن كان منزوع العظم، ولا بأس بالسلم في الشحوم والألبان؛ لأنها لا تختلف سمنًا وهزالاً، وكذلك ما فيها من الدسم لا يختلف باختلاف ما فيها من العظم.

١٢٩٤٦ - قال محمد رحمه الله تعالى في "الأصل": ولا بأس بالسلم في السمك المالح وزنًا معلومًا، وضربًا معلومًا.

يجب أن يعلم بأن السلم في السمك عددًا لا يجوز، طريًا كان أو مالحًا؛ لأنه عددي متفاوت فيه الصغير والكبير، وأما السلم فيه وزنًا فإن كان طريًا، وكان السلم في غير حينه لا يجوز، هكذا ذكر في "الأصل" وظن بعض المشايخ في قوله في غير حينه، وقالوا: الطري مما يوجد في الأحايين كلها؛ لأن وجوده بالأخذ، وأخذه ممكن في الأوقات كلها، والجواب أن الأخذ قد يتعذر في بعض الأوقات بأن يتجمد الماء أو يكثر، أو ما أشبه ذلك، فلهذا شرط الحين.

وإن كان السلم في الطري في حينه، أو كان السلم في المالح، ذكر في "الأصل" أنه يجوز عند أبي حنيفة، ولم يحك خلافًا، وروى أبو يوسف في "الأمالي" عن أبي حنيفة أن السلم في السمك لا يجوز بحال من الأحوال، وجه هذه الرواية أن السمك لحم، فلا يجوز السلم فيه، كما لا يجوز في لحم البقرة والشاة عنده، وجه الفرق لأبي حنيفة على ظاهر الرواية أن السلم في لحم البقرة والشاة إنما لم يجز إما لأن اللحم يتفوت باختلاف العظم، وهذا المعنى لم يكن تحقيقه ههنا؛ لأن العظم في السمك ساقط الاعتبار فيما بين الناس، لا تجري المماكسة باعتباره، وأما لأن اللحم يتفوت من حيث السمن والهزال، وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه ههنا أيضًا؛ لأن السمن والهزال ليس بظاهر فيه، وهذا كله قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف

بسبب العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس، فإنه لا تجري المماكسة بسببه، فكان بمنزلة عظم الألية، وعظم السمك، وإلى هذا مال شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده".

١٢٩٢٨ - ولا يجوز السلم في الخبز عند أبي حنيفة ومحمد، لا وزنًا، ولا عددًا؛ لأن الخبز يختلف بالعجن والنضج، وكيفية الخبز، فمنه الخفيف ومنه الثقيل، والمقاصد مختلفة، ومع التفاوت لا يمكن تجويز السلم فيه، وعلى قول أبي يوسف يجوز وزنًا، واختيار المشايخ للفتوى قول أبي يوسف إذا أتى بشرائطه لحاجة الناس، لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من جنس الذي سمى حتى لا يصير استبدالاً بالمسلم فيه قبل القبض، وبيع الحنطة بالخبز وبيع الدقيق به وبيع الخبز بهما يجوز متساويًا ومتفاضلاً إذا كانا نقدين، وإن كان أحدهما نسيئة، والآخر نقدًا، فإن كان الخبز نقدًا يجوز بالاتفاق، وإن كان الخبز نسيئة، عند أبي حنيفة ومحمد لا يجوز، وعند أبي يوسف يجوز، بناء على اختلافهما في جواز السلم في الخبز وزنًا؛ والمشايخ أفتوا بقول أبي يوسف، فإذا أراد دفع الحنطة إلى الخباز جملة واحدة، وأخذ الخبز متفرقًا ينبغي أن يبيع صاحب الحنطة خاتمًا، أو سكينًا من الخباز بألف من الخبز مثلاً، أو يجعل الخبز ثمنًا، ويصفه بصفة معلومة، حتى يصير دينًا في ذمة الخباز، ويسلم الخاتم إليه، ثم باع الخباز الخاتم من صاحب الحنطة بالحنطة مقدار ما يريد أن يدفع إليه، ويدفع الحنطة فيبقى له على الخباز الخبز الذي هو ثمن، هكذا قيل، وهو مشكل عندي، قالوا: إذا دفع دراهم إلى خباز وأخذ منه كل يوم شيئًا من الخبز، فكلما أخذ يقول: هو على ما قاطعتك عليه.

١٢٩٢٩ - ولا خير في السلم في الجوهر واللؤلؤ، لا عددًا، ولا وزنًا، ولا كيلاً، قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي: ما ذكر من الجواب محمول على الكبار من اللآلي، فأما الصغار منها التي تباع وزنًا، وتجعل في أدوية العين القرح، فالسلم فيها يجوز وزنًا. ولا بأس بالسلم في الجص والنورة كيلاً معلومًا، ومكانًا معلومًا، واختلف المشايخ في قوله: ومكانًا معلومًا، قال بعضهم: أراد به مكان الإيفاء على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال بعضهم: أراد به المكان الذي يستخرج منه الجص والنورة.

١٢٩٣٠ - ولا بأس بالسلم في الأدهان إذا شرط من ذلك ضربًا معلومًا، من مشايخنا من قال: هذا في الدهن الخالص، فأما المربى بالبنفسج وغيره فلا؛ لأن المربى يختلف باختلاف ما يربى به من الأدوية، فهو نظير الناطف والبزر، ولا يجوز السلم فيه لما يقع من التفاوت في البزور التي فيه، والأصح أن المربى وغيره في ذلك سواء، ولا بأس بالسلم في الصوف وزنًا، وإن اشترط كذا، كذا جزة بغير وزن، لم يجز.

١٢٩٣١ - وإن أسلم في صوف غنم بعينها، لم يجز، وكذلك ألبانها وسمونها، ولا خير في السلم في سمن الحديث، والزيت الحديث، والحنطة الحديثة، وهي التي تكون في هذا العام، لأنها قد لا تكون، ولا بأس بالسلم في نصول السيف يريد به إذا كان معلوم الطول والعرض والصفة، ولا يجوز إسلام الصوف في الشعر؛ لأنه يجمعهما الوزن.

قال شمس الأئمة الحلواني: هذا إذا كان الشعر يباع وزنًا [في العادة، فإن كان لا يباع وزنًا، فلا يحرم نسأ، وهذا لأن من الشعور ما لا يباع][1] كذنب الفرس وغيره، ولا بأس بالسلم في الجبن والبصل إذا كان معلومًا عند أهل الصنعة على وجه لا يتفاوت هو الصحيح، ولا بأس بالسلم في القطن والكتان والإبريسم والنحاس والحديد والرصاص والصفر والشبه، وهذه الأشياء من ذوات الأمثال، والحناء، والوسمة، والرياحين واليابسة التي تكال نظير هذه الأشياء، وأما الرياحين الرطبة، والبقول، والقصب، والخشب، والحطب، فهذه الأشياء ليست من ذوات الأمثال، فلا يجوز السلم فيها في باب البيع بالفلوس في كتاب الصرف.

١٢٩٣٢ - وفي بيوع الأصل: لا بأس بالسلم في الجذوع إذا بين ضربًا معلومًا وبين الطول والعرض والغلظ والأجل والمكان الذي يوفيه فيه، وكذلك التبع رصوف العيدان، والخشب، والقصب، وإعلام الغلظ في القصب بإعلام ما شد به أنه ذراع، أو شبر، والغزل من ذوات الأمثال، ذكره شمس الأئمة السرخسي في أول إجارته، وذكر الطحاوي في كتابه: أن كل ما كان موزونًا، فهو مثلي.

نوع آخر منه

١٢٩٣٣ - إذا أسلم إلى رجل دينًا له عليه لم يجز؛ لأن هذا بيع الدين بالدين، ونهى رسول الله ﷺ عن ذلك[2]، فإن لم يعرف حتى نقده في المجلس، يعني نقد رب السلم رأس المال في المجلس صح؛ لأن الدراهم لا تتعين في العقود، وإن عينت، فلا يتعين ذلك الدين، وإن أضيف العقد إليه، فصار وجود الإضافة إلى الدين والعدم بمنزلة، ولو لم توجد الإضافة إلى الدين، وقبض الدراهم في المجلس صح، فههنا كذلك، قال: ولو أسلم إليه دراهم له على

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

(٢) أخرجه مالك في "الموطأ" (٢/٦٢٨)، وعبد الرزاق في "مصنفه" (١٤٤٤٠) في باب أجل بأجل، والطحاوي في "معاني الآثار" (٤/٢٠-٢١)، والبيهقي في "الكبرى" (١٠٣٦٨) باب ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين.

ثالث ، لم يصح السلم ، وإن نقده في المجلس ؛ لأن الفساد ههنا ما كان باعتبار الإضافة إلى الدين ، وإنما كان باعتبار شرط التسليم على ثالث ، وهو شرط يغير مقتضى العقد ؛ لأن مقتضى العقد أن يكون شرط التسليم على العاقد ، فإذا شرط التسليم على غيره ، فقد غير مقتضى العقد ، فيفسد العقد لهذا ، وبالنقد في المجلس لا يتبين أنه لا يشترط شرطاً يغير مقتضى العقد ، فلا يرتفع الفساد لهذا .

١٢٩٣٤ - وذكر في " الجامع الصغير " : رجل أسلم إلى رجل مائتي درهم في كر حنطة ، ونقد مائة ، ومائة كانت له ديناً على المسلم إليه ، فحصة النقد جائزة ، وحصة الدين باطلة ، هكذا ذكر المسألة في الكتاب .

واعلم بأن هذه المسألة على وجهين : إما أن يقول . أسلمت إليك مائتي درهم في كر حنطة ، ولم يضف المائتين إلى دراهم بعينها ، ثم نقد رب السلم من المائتين مائة ، وجعل المائة الأخرى قصاصاً بدين كان له قبل عقد السلم ، أو قال . أسلمت إليك هذه المائة ، والمائة الدين التي لي عليك في كر حنطة ، ففي الوجه الأول جاز السلم بحصة ما نقد عندهم جميعاً ، وبطل بحصة ما لم ينقد عندهم جميعاً ؛ لأن السلم وقع جائزاً نافذاً من الابتداء خالياً عن الشروط الفاسدة ، لما ذكر ثمة المائتين مطلقاً ، ألا ترى أنه لو نقد المائتين كلها في المجلس جاز ، وإنما فسد بعض السلم بعد ذلك بسبب طارئ [وهو أنه لم ينقد المائة ، وجعلها قصاصاً بماله على المسلم إليه ، والعقد متى فسد بعضه بسبب طارئ][1] ، فإنه يقتصر الفساد على ما وجد فيه الفساد ، ولا يشيع في الكل ، كما لو باع عبدين ، وهلك أحدهما قبل القبض ، وكما إذا أسلم إلى رجل مائتي درهم في كر حنطة ، ونقد مائة ، ولم ينقد المائة الأخرى حتى افترق عن المجلس ، صح الثمن بحصة ما نقد ، وبطل بحصة ما لم ينقد ، فرق أبو حنيفة بين هذا وبين ما إذا جعل رأس المال حراً وعبداً ، فإنه يفسد العقد كله ، كذلك إذا أسلم مكيلاً في مكيل ، أو موزوناً في موزون ، أو شيئاً من جنسه أو غير جنسه ، بطل العقد في جميعه في قول أبي حنيفة ، وهنا قال : العقد لا يفسد كله ، والصفقة واحدة في الموضعين جميعاً ، وإنما فعل هكذا لأن العقد في هذه المسائل فسد بعضه بفساد قوي مقارن للعقد ، وفي مسألة الكتاب فسد بفساد طارئ ، والأصل عند أبي حنيفة : أن العقد إذا كان صفقة واحدة ، وفسد بعضه بمفسد مقارن للعقد ، فسد كله ، وإذا فسد بعضه بمفسد طارئ على العقد ، لا يفسد كله ، والأصل عند أبي يوسف ومحمد : أن الفساد يقدر المفسد على كل حال ، حتى قالا في المسائل التي مر ذكرها بأن السلم يجوز في

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف .

المنقود، كذا ههنا.

١٢٩٣٧ - ثم فرق علماؤنا بين هذه المسألة وبين ما إذا قال : أسلمت إليك هذه الخمسمائة، والخمسمائة الدين الذي لي على فلان، ونقد خمسمائة، فإن السلم يبطل في الكل، وههنا يجوز بحصة ما نقد، ولم يوجد في المسألتين جميعا إلا الإضافة، وأنها باطلة عندنا، وإنما كان كذلك، وذلك لأن في تلك المسألة رب السلم أضاف السلم إلى دراهم له في ذمة بغير ذمة المسلم إليه، وشرط التسليم عليه، والإضافة أن لغت في حق استحقاق المشار إليه، إلا أنه بقي شرطا لتسليم إحدى الخمسمائتين على غيره، فكان بمنزلة ما لو ذكر ألف درهم مطلقا على أن ينقد خمسمائة بنفسه، وينقد خمسمائة فلان، فيكون فساد العقد بسبب اشتراط التسليم بعض الثمن على غير العاقد، وأنه مقارن للعقد، فأوجب فساد الكل، ألا ترى أنه إذا نقد الكل من ماله لم يجز، وهنا لغت الإضافة إلى الدراهم، ولم يوجد بعد إلغاء الإضافة اشتراط تسليم بعض الثمن إلى غير العاقد - والله أعلم - .

نوع آخر
في قبض رأس المال والمسلم فيه ومسائلهما:

١٢٩٣٨ - قال القدوري في شرحه : لا يجوز للمسلم إليه أن يبرئ رب السلم من رأس المال؛ لأن الإبراء إسقاط، والساقط متلاش، فينعدم به القبض، والقبض وجب حقا من حقوق الشرع، فلا يجوز إسقاطه، قال : فإن أبرأه، وقبل رب السلم البراءة، بطل عقد السلم، وإن رد البراءة، لم يبطل؛ لأن العقد قد صح بتراضيهما، فلا يقدر أحدهما على فسخه إلا برضاء الآخر، والمسلم إليه يريد فسخ العقد بالإبراء لما مر أنه ينعدم به القبض المستحق، فلا يقدر من غير قبول صاحبه.

١٢٩٣٩ - قال : ولا يجوز أن يأخذ برأس المال شيئا آخر من غير جنسه؛ لأنه يسقط به القبض المستحق شرعا، قال : ولو أعطاه من جنسه أجود أو أردأ، ورضي المسلم إليه بالأردأ جاز؛ لأنه جنس حقه أصلا، إلا أنه دون حقه وصفا، فمن حيث إنه جنس حقه أصلا صح التجوز به، ومن حيث إنه دون حقه وصفا، يشترط رضاءه.

قال : ولو أعطاه أجود من حقه، أجبر على القبول، وقال زفر : لا يجبر؛ لأنه متبرع فيما يرجع إلى صفة الجودة، ولو تبرع بزيادة قدر كان له أن لا يقبل تبرعه، فكذا إذا تبرع بزيادة صفة الجودة، ولنا أنه أوفاه حقه بكماله، وأحسن في قضاء الدين، وقد قال عليه الصلاة والسلام :

فيجبر كما يجبر على قبول الدين، ولأن صفة الجودة ثابتة بالعين، فكانت من توابع الإيفاء، فليس له أن يمتنع من الاستيفاء.

١٠٢٩٤ - ولو قال المسلم إليه لرب السلم: خذ مني هذا وزدني درهمًا، يجب أن يعلم بأن هذا مسألتين: أحدهما: أن يكون السلم في المكيلات والموزونات، والثانية: أن يكون في المذروعات.

وكل مسألة على أربعة أوجه: إما أن يأتي المسلم إليه بالزيادة من حيث القدر، أو بالزيادة من حيث الصفة، أو بالنقصان من حيث القدر، أو بالنقصان من حيث الصفة، فإن كان السلم فيه مكيلًا، وقد أتى بالزيادة من حيث القدر، بأن أسلم إليه عشرة دراهم في عشرة أقفزة حنطة، فجاء المسلم إليه بأحد عشر قفيزًا من حنطة، وقال لرب السلم: خذ هذا وزدني درهمًا، فإنه يجوز، وإنما جاز لأنه عقد لا يؤدي إلى الربا، لأنا إن جعلنا المزيد عين الواجب حكمًا لا غير ضرورة أن الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز، صار المزيد مقابلًا بالدراهم، فيصير رب السلم على هذا الاعتبار مشتريًا أحد عشر قفيزًا بأحد عشر درهمًا، وهذا جائز، وإن اعتبرنا الحقيقة وجعلنا المزيد غير الواجب في الذمة، لأن الواجب في الذمة دين لا عين، يصير رب السلم باعتبار الحقيقة مشتريًا أحد عشر قفيزًا بعشرة أقفزة حنطة له في ذمة المسلم إليه، وبزيادة درهم فيكون جائزًا، لأن العشرة تكون بالعشرة، والدراهم بإزاء القفيز الحادي عشر، وكذا جائزًا، فأمكن تجويزه، لا يؤدي إلى الربا. وأما إذا أتى بما يزيد من حيث الصفة، بأن أسلم عشرة دراهم في عشرة أقفزة حنطة وسط، فأتى المسلم إليه بعشرة أقفزة حنطة جيدة، وقال: خذها وزدني درهمًا.

ذكر في بيوع الأصل: أنه لا يجوز، ولم يذكر فيه خلافًا، وذكر في كتاب الصلح وقال: لا يجوز على قول أبي حنيفة ومحمد، ويجوز على قول أبي يوسف، فكان المذكور في بيوع الأصل قول أبي حنيفة ومحمد، وجه ما ذهب إليه أبو يوسف ظاهر، وهو أن تجويز هذه المعاوضة إن تعذر باعتبار الحال لما أتى في حق ... أمكن تجويزها بطريق الزيادة بأن يجعل رب السلم زاد في رأس المال درهمًا، والمسلم إليه زاد في جودة، والزيادة تلتحق بأصل العقد، ويجعل كالموجود لدى العقد، وإذا جعلناها كالموجود لدى العقد، صار كأنه أسلم أحد عشر درهمًا في عشرة أقفزة حنطة جيدة، ولو أسلم أحد عشر درهمًا في عشرة أقفزة حنطة جيدة[1] جاز، فكذلك هنا. وأما أبو حنيفة ومحمد فيقولان: إن تجويز هذا التصرف

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من م و ب.

باعتبار الحال متعذر؛ لأنه باعتبار الحال ما يأخذ غير الواجب في ذمة المسلم إليه من حيث الحقيقة، فيصير باعتبار الحقيقة رب السلم مشترياً عشرة أقفزة حنطة جيدة بعشرة أقفزة حنطة وسط [في ذمة المسلم إليه، وزيادة درهم بإزاء الجودة، وهذا لا يجوز؛ لأن الجودة في مال الربا][1] لا قيمة لها عند مقابلتها بجنسها، فإنه لو باع قفيز حنطة جيدة بقفيز حنطة رديئة وزيادة درهم بإزاء الجودة لم يجز، فباعتبار الحقيقة يتمكن الربا، أو باعتبار الحكم لا يتمكن الربا؛ لأن المستوفى عين الواجب في باب السلم من حيث الحكم، فعلى هذا الاعتبار يكون ما يأخذ مقابلاً بالدراهم، لا بجنسه من الحنطة، فيصير رب السلم مشترياً عشرة أقفزة حنطة جيدة بأحد عشر درهماً، وهذا ليس بربا، فيتمكن الربا من وجه دون وجه، فيتمكن شبهة الربا، وقول أبي يوسف بأن تجويز هذا التصرف بطريق الإلحاق ممكن فاسد؛ لأن الزيادة إنما تلتحق بأصل العقد إذا صحت حين وجدت؛ لأنها تصح للحال أولاً، ثم تستند، ومن هذا قالوا: الزيادة بعد هلاك المبيع، فإنها لا تصح، وإن كانت تستند، ولو صحت لهنا، لو إثباتها في الحال غير ممكن.

هذا الذي ذكرنا إذا أتى بأجود مما شرط عليه، فأما إذا أتى بأنقص من حيث القدر بأن أتى بتسعة أقفزة وقد أسلم إليه في عشرة أقفزة، فقال: خذ هذا وأزيد[2] عليك درهماً، فإنه يجوز عندهم جميعاً؛ لأنهما تقايلا السلم في بعض المسلم فيه، وذلك قفيز واحد، والإقالة في بعض المسلم فيه جائزة لما مر، فأما إذا أتى بأنقص من حيث الصفة، بأن أسلم في عشرة أقفزة حنطة جيدة، فأتى بعشرة أقفزة حنطة وسط، وقال: خذه وأزيد[3] عليك درهماً، لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يجوز، نص على الخلاف في كتاب الصلح، فأما أبو يوسف فيقول: بأن تجويز هذا التصرف إن تعذر بطريق الإقالة على الحال؛ لأنه إقالة على مجرد الوصف، والإقالة على مجرد الوصف لا تصح أمكن تصحيحه بطريق الحط؛ لأن الحط يلتحق بأصل العقد كالزيادة، وإذا التحق بأصل العقد صار كأنه أسلم في الابتداء تسعة دراهم في عشرة أقفزة حنطة وسط، فيكون جائزاً بهذا الاعتبار، ولأبي حنيفة ومحمد طريقان: أحدهما: أن يقال: بأنا لو جوزنا هذا التصرف يتمكن فيه شبهة الربا؛ لأن المؤدى باعتبار الحقيقة غير الواجب، فيكون مقابلاً بجنسه من الحنطة، فيصير رب السلم بائعاً عشرة

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و ب.

(٢) وفي ظ و م: أزيد.

(٣) وفي ظ و م: أزيد.

جائز في غير مال الربا؛ لأن للجودة في غير مال الربا قيمة عند مقابلتها بجنسها، ألا ترى أنه لو اشترى ثوبًا جيدًا بثوب رديء وزيادة درهم بإزاء الجودة، كان جائزًا، فأما في الحنطة فإن جاز هذا باعتبار أن المأخوذ غير الواجب، فيكون مقابلاً بالدرهم، فيصير مشتريًا عشرة أقفزة حنطة جيدة بأحد عشر درهمًا، وهذا جائز، فباعتبار حقيقة يكون المؤدى مقابلاً بما وجب له من المسلم في ذمته، فيصير مشتريًا عشرة أقفزة حنطة جيدة بعشرة أقفزة حنطة له وسط في ذمة المسلم إليه، وزيادة درهم، وهذا لا يجوز، فتمكن الربا من وجه، ولا يتمكن من وجه، فيثبت شبهة الربا، وأما إذا أتى بالنقصان من حيث الصفة بأن أسلم إليه في ثوب جيد، فأتى إليه بثوب وسط، وقال لرب السلم: خذ هذا لأرد إليك[1] درهمًا، لم يجز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، ويجوز في قول أبي يوسف، وجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ما ذكرنا في فصل المكيل أن تصحيح هذا التصرف بطريق الحط، والإلحاق بأصل العقد ممكن.

ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى الوجه الثاني الذي ذكرنا في فصل المكيل أن هذه الإقالة لو صحت على مجرد الوصف، وتعذر تصحيح الإقالة على مجرد الوصف على ما مر، ولا يجيء في هذا الفصل لأبي حنيفة رحمه الله تعالى الوجه الأول الذي ذكرناه في فصل المكيل من شبهة الربا؛ لأن التجويز في الثوب لا يتمكن فيه شبهة الربا، وأما إذا أتى بالنقص من حيث القدر، بأن أتى بتسعة أذرع، وقال: خذ هذا، وأرد عليك درهمًا، لم يجز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وعند أبي يوسف يجوز، وهذا لأن الذرع إذا لم يجعل له حصة من الثمن، فهو بمنزلة الصفة، حتى يسلم الزيادة للمشتري في بيع العين من غير عوض، وإن وجده أنقص لا يحط عنه شيء من الثمن، وإذا كان بمنزلة الصفة في هذه الحالة، كانت الإقالة على ذرع مثل الإقالة على مجرد الجودة [illegible]، ولو قابل السلم على مجرد الجودة][2] كانت المسألة على هذا الاختلاف، حتى لو بين لكل ذراع حصة من الثمن يجوز؛ لأنه يصير بمنزلة القدر في هذه الحالة، والإقالة على القدر جائزة، إلا أنه لا يجوز على مجرد الوصف، وتصح الحوالة والكفالة والارتهان برأس المال، وقال زفر رحمه الله تعالى: لا يجوز؛ لأن هذه التصرفات إنما شرعت للتوثيق، ومعنى التوثيق فيه بتأخر قبضه، وقبض رأس المال في المجلس مستحق، فلم يكن التوثيق ملائمًا له، ولنا أن رأس المال دين كسائر الديون، فيصح

(١) هكذا في ظ، وكذا في نسخ … عندنا …

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من ب و ظ.

لأن القبض إنما يثبت إما بالقبض حقيقة، بأن يأخذ مواجهة، أو بتخلية المسلم إليه إياه، ولم يوجد واحد منهما، فأما إذا خلى بينه وبين الطعام، فانتقله، هل يصير قابضاً أم لا، لم يذكر هذا الفصل في الكتاب نصاً، وقد ذكر القدوري في شرحه: أن على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يصير قابضاً، حتى لو هلك بعد ذلك، كان الهلاك على المسلم إليه، وعلى قول محمد يصير قابضاً، وظاهر ما ذكر محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير يدل على أن المذهب عنده كذلك؛ لأنه قال: ورب السلم ليس بحاضر، وهذا يدل على أنه إذا كان حاضراً في منزله إذا خلي بينه وبين الطعام، يصير قابضاً، وجه قول محمد رحمه الله تعالى أن التخلية من البائع قد صحت، فيصير المشتري بها قابضاً قياساً على ما لو حصلت التخلية في غير منزل[1] البائع.

وإنما قلنا: بأن التخلية قد صحت؛ لأن صحتها بإزالة المسلم إليه يده على الحقيقة، وقد أزالها حين خلى بينه وبين الطعام، وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول: بأن التخلية لم تصح، فلا تعتبر، وإنما قلنا: ذلك؛ لأن من شرط صحة التخلية زوال يد المسلم إليه، حتى كان في يده حقيقة، وقال: حينئذ، لا يصير قابضاً، وههنا يد المسلم إن زالت من حيث الحقيقة، لم تزل من حيث الحكم؛ لأن منزله وما فيه في يده حكماً فيده إن زالت حقيقة، لم تزل حكماً، فلم تثبت التخلية، فأما إذا دفع رب السلم غرائر نفسه، وقال للمسلم إليه: كل مالي عليك من الطعام في غرائري، فإنه لا يصير قابضاً إذا جعلها في غرائره، حتى إذا هلك لا يهلك على رب السلم.

١٢٩٤٤ - فرق بين هذا وبين ما إذا اشترى طعاماً بعينه بشرط الكيل، لو دفع المشتري إلى البائع غرائره، وقال له: كل في غرائري، وكال في غرائره، فإن المشتري يصير قابضاً، ووجه الفرق بينهما أن القبض لو ثبت في باب السلم فإنما يثبت إما بالكيل، أو بجعل الحنطة في غرائر رب السلم، ولا يجوز أن يثبت القبض بالكيل؛ لأن الكيل لم يصر منقولاً إلى رب السلم؛ لأن أمره بالكيل لم يصح؛ لأن الكيل يلاقي ملك المسلم إليه، وإذا لم يصح أمره بالكيل، لم يصر الاكتيال منقولاً إلى رب السلم، كما قبل الأمر، ولا يجوز أن يثبت القبض بجعل الحنطة في غرائره، وإن صح الأمر به من حيث إنه تصرف في الغرائر، والغرائر ملك رب السلم؛ لأن جعل المسلم إليه الحنطة في غرائر رب السلم غير منقول إلى رب السلم؛ لأن المسلم إليه في ذلك عامل لنفسه؛ لأن الحنطة ملك المسلم إليه، وقد أذن له رب السلم بجعلها

(١) وفي ظ: محلي.

في غرائره، فيصير مخبراً بالغرائر من المسلم إليه، والمستعير عامل لنفسه في الانتفاع بالعارية، وإن كان بأمر المعير، وبهذا لو كان أمر القصار أن يعمل فيه، وإن صار عاملاً لنفسه فيما يصنع الأمر به، ثم يصير منقولاً إلى الآمر حتى يصير فعله كفعله، وإذا لم يصر فعله منقولاً إليه، لا في حق الكيل، ولا في جعله في الغرائر، صار الحال بعد الأمر كالحال قبل الأمر، وقبل الأمر لا يصير قابضاً بهذا، فكذلك ههنا، بخلاف شراء العين، وذلك لأن الفعل صار منقولاً إلى المشتري في حق الكيل، وجعل الحنطة في غرائره بعد الكيل عمل للمشتري من كل وجه؛ لأن البائع في جعل الحنطة في غرائره عامل للمشتري من كل وجه؛ لأنه ينتفع بملكه في ملكه، ومنفعة ذلك له، ويكون عاملاً له، وإذا صار عاملاً له، صار فعله منقولاً إلى الآمر حكماً، فيجعل كأن الآمر فعل بنفسه، ولو فعل بنفسه حقيقة، صار قابضاً، فكذا إذا صار فعل البائع منقولاً إليه، وعلى هذا قلنا: إن في شراء العين إذا أمر المشتري البائع بالطحن، فطحن، يصير قابضاً، وفي السلم لا يصير رب السلم قابضاً؛ لأن الأمر بالطحن في باب السلم لا يجوز؛ لأن الطحن يلاقي ملك المسلم إليه، فيصير الحال بعد الأمر كالحال قبله، أما الأمر بالطحن في باب الشراء فقد صح؛ لأنه لاقى ملك المشتري، ومنفعة الطحن حاصلة للمشتري، فانتقل فعله إليه.

فإن قيل: في فصل الشراء ينبغي أن لا يصح الأمر في حق ثبوت القبض؛ لأن البائع لا يصلح وكيلاً عن المشتري في القبض، ألا ترى أنه لو كان وكل بذلك نصاً لا يصح؟

قلنا: القبض بالأمر ثبت حكماً، لا قصداً، ويجوز أن يثبت الشيء حكماً، وإن كان لا يثبت قصداً على ما عرف، وما ذكرنا من الجواب في فصل السلم فيما إذا لم يكن في غرائر البائع حنطة لرب السلم، فأما إذا كانت، وقال المسلم إليه بأمره، هل يصير رب السلم قابضاً؟ ولا رواية في هذا الفصل، وقد قيل: لا يصير قابضاً.

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى: والأصح عندي أنه يصير قابضاً، ثم فرق بين هذا السلم وبين مسألتين أخريين، ذكر أحدهما في كتاب الصرف، والأخرى في كتاب المزارعة، أما التي ذكرها في كتاب الصرف إذا دفع درهماً إلى صائغ، وقال له: زد من عندك درهماً آخر، وصغ لي خاتماً بكذا، ففعل، فإن الآمر يصير قابضاً للدرهم الزائد الذي صار مستقرضاً من الصائغ حكماً، لاتصاله بملكه، وإن كان الأمر بالخلط في حق الزيادة لاقى ملك الصائغ؛ لأنه في حق الدرهم المدفوع لاقى ملك الآمر، وههنا قلنا: لا يصير قابضاً، وإن صح

(١) في [illegible]

بسبب ملك حتى يصير عاملاً للآمر مباشرة ما هو سبب ملك له، فيبقى عاملاً لنفسه من حيث إنه أسلمه من أرضه حنطة، فيصير مستقضياً للآمر منه، فيبقى مسألة الحنطة من مسألة أنه لو كان في الغرائر حنطة لرب السلم، ولو كان كذلك يصير رب السلم قابضاً؛ لأن الأمر قد صح باعتبار ملكه بالحنطة، وإذا صح الأمر فإنه سبب ملك للآمر، ولو وجد من الآمر صار عاملاً له، فصار فعله منقولاً إليه، فصار كأنه فعله بنفسه، ولو فعل بنفسه صار قابضاً، فكذلك هذا.

١٢٩٤٦ - قال: وإذا وكل رب السلم وكيلاً يدفع رأس المال إلى المسلم إليه، صح، فإن دفع الوكيل فيما في المجلس بعد [صح]، وإن قام الوكيل عن المجلس قبل الدفع، وذهب وغاب عن المجلس بعد [ما] (١) لا يبطل السلم، وإن ذهب رب السلم عن المجلس، أو المسلم إليه قبل دفع الوكيل بطل السلم، وكذلك لو كان المسلم إليه وكل رجلاً بالقبض، وإذا كفل رجل لرب السلم برأس المال قبل أن يفترقا عن مجلس السلم، فالكفالة جائزة؛ لأنه لو تكفل بدين واجب للحال، ولا أضاف الكفالة إلى سبب الوجوب، فإن لو كان كفل عن المسلم إليه، وفي ذلك رب السلم، صحت الكفالة، ويصير ذلك شرطاً صحيحاً، وفسخ السلم أولاً.

نوع آخر منه:

١٢٩٤٧ - إذا أسلم إلى رجل دراهم في كر حنطة، ثم إن المسلم إليه اشترى من رجل حنطة على أنها كر، وأمر رب السلم بقبض الكر من البائع، فإنه يحتاج لإباحة التصرف فيه من الأكل والبيع وأشباه ذلك إلى كيلين: كيل للمسلم إليه، وكيل لرب السلم، ولا يكتفي رب السلم بكيل المسلم إليه، وإن كان رب السلم حاضراً حين اكتال المسلم إليه، وكذلك لو كان المسلم إليه أمر رب السلم بقبضه، فقبضه يحتاج أن يكيله مرتين: يكيله أولاً للمسلم إليه بحكم الشراء منه، ثم يكيله لنفسه، ولا يكتفي بكيل واحد. وكذلك لو كان المسلم إليه دفع إلى رب السلم دراهم حتى يشتري له بها طعاماً، فاشترى له طعاماً بشرط الكيل، وقبضه بوكالته، ثم قبضه بحق نفسه، فعليه أن يكيله ثانياً لنفسه، وهذا لأن الكيل أعطي له حكم القبض شرعاً فيما بيع مكايلة؛ لأن القدر في العين معقود عليه فيما بيع مكايلة [(٢)] ألا ترى لو وجد زيادة تسلم من

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وما أثبتناه من النسخة.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من النسخ.

القدر[١]، رد الزيادة إذا كانت الزيادة بحيث لا يدخل بين الكيلين؛ لأن الزيادة لم تدخل في العقد، ولو وجده أنقص، فإنه ينقص عنه حصته من الثمن؛ لأن كل كيل أصل بنفسه، وليس بتبع الباقي، فثبت: والقدر غير متعين قبل الكيل لجواز أن يكون مثل الكيل المشروط، أو أزيد منه، وأنقص منه، فإنما يتعين بالكيل، ولو كان الكيل حكم القبض من حيث إنه يعمل عمل القبض، تعين ما ملك بالعقد غير متعين، ثم يحتاج في هذه المسائل إلى قبضين، قبض المسلم إليه وقبض رب السلم، وقبض المسلم إليه من بائعه لا ينوب عن قبض رب السلم، وإن كان بحضرة رب السلم، فكذلك الكيل.

١٢٩٤٨ - وإن اشترى المسلم إليه من رجل حنطة مجازفة، أو استفاد من أرضه حنطة، وأوفى رب السلم، فههنا يكتفى بكيل واحد، حتى إذا كاله المسلم إليه بحضرة رب السلم لم يحتج رب السلم إلى كيل آخر، وكذلك إذا استقرض المسلم إليه حنطة على أنها كر، ثم أوفى رب السلم، فإنه يكفي كيل واحد، إما كيل رب السلم، وإما كيل المسلم إليه بحضرة رب السلم، وهذا الجواب لا شكل فيما إذا اشتراه المسلم إليه مجازفة، أو[٢] استفاد من أرضه؛ لأن الكيل غير محتاج إليه في حق المسلم إليه لإباحة التصرف، أما فيما اشتراه مجازفة فلأن المعقود عليه عين المشار إليه، لا المقدار، وإنه متعين قبل الكيل، وأما فيما استفاده من أرضه، فالكلام فيه ظاهر، وإنما نحتاج إليه الكيل في حق رب السلم؛ لأن القدر معقود عليه في حقه، فكان المحتاج إليه كيلا واحداً من هذا الوجه، وإنما الإشكال في فصل الاستقراض؛ لأن الاستقراض تملك بعوض، فكان كالشراء، فيصير القدر معقوداً عليه متى استقرضه بشرط الكيل، كما لو اشتراه مكايلة، والوجه في ذلك أن القرض إن كان مبادلة من حيث الصورة فهو عارية من حيث الحكم والاعتبار؛ لأن ما يرد المستقرض عين المقبوض حكماً لا بدله، إذ لو لم يجعل كذلك كان مبادلة الشيء بجنسه نسيئة، وإنه حرام، ولما كان القرض تمليكا بغير بدل من حيث الحكم، يعتبر بما لو كان تمليكا بغير بدل من حيث الحقيقة، وهناك لا يحتاج إلى الكيل، وكذا ههنا، بخلاف الشراء؛ لأنه تمليك بعوض حقيقة وحكماً، وكل جواب عرفته في المكيلات، فهو الجواب في الموزونات.

(١) هكذا في م و ف، وكان في الأصل و ط: العقد.

(٢) هكذا في ف و م، وكان في الأصل و ط: ولو.

نوع آخر
في السلم ينتقض فيه القبض بعد الافتراق:

١٢٩٤٩ - إذا قبض المسلم إليه رأس المال، ثم وجدها أو وجد بعضها زيوفاً أو نبهرجة، فهنا مسائل.

١٢٩٥٠ - إحداها: أن يجدها مستحقة، وكان ذلك في مجلس العقد، فإنه يقف على إجازة المستحق إن أجاز جاز، وإن لم يجز بطل السلم؛ لأنه لما ظهر أنها مستحقة ظهر أن رب السلم صار قاضياً دينه من مال الغير، فيكون القضاء موقوفاً على إجازة صاحب المال، كما لو باع ماله فإنه أجير ورأس المال قائم جاز؛ لأن القبض يتوقف على إجازة المستحق، فيعتبر بما لو توقف العقد على إجازة المستحق، ولو توقف العقد على إجازته فإنما يجوز بإجازته إذا كان [المعقود عليه قائماً، فكذلك إذا توقف القبض على إجازته، فإنما يجوز بإجازته إذا كان](١) المقبوض قائماً، ويصير مثل ما نقدنا لصاحب المال على رب السلم؛ لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، ولو أذن له صاحب المال في الابتداء أن يقضي دينه من ماله، ضمن مثل ما قضى لصاحب المال، فكذا إذا أجاز قضاءه في الانتهاء، وإن لم يجز انتقض القبض والقضاء؛ لأنه كان موقوفاً على إجازته، فإذا لم يجز بطل، كما لو توقف البيع على إجازته، فإنه ينتقض إذا لم يجز، فكذا هنا، وإذا انتقض القبض، صار كأنه لم يقبض، وإن قبض درهماً آخر في المجلس بقي العقد على الصحة، وجعل كأنه أخر القبض إلى آخر المجلس، وإن لم يقبض بطل العقد. وإن وجدها ستوقة، وكان ذلك في مجلس العقد، وتجوز به المسلم إليه، لا يجوز؛ لأن الستوقة ليست من جنس رأس المال؛ لأن رأس المال فضة، والستوقة ليست بفضة من حيث الحكم؛ لأن الرصاص والنحاس في الستوقة غالب على الفضة، والفضة مغلوبة، والعبرة للغالب، فكان الكل نحاساً، أو رصاصاً، ولو كان الكل نحاساً أو رصاصاً من حيث الحقيقة، ورأس المال فضة إذا تجوز به المسلم إليه لم يجز؛ لأنه يصير به مستبدلاً برأس مال السلم قبل القبض، وإنه لا يجوز، هذا إذا تجوز به، فأما إذا رده، وقبض مكانه آخر في المجلس، جاز؛ لأنه إذا قبض آخر مكانه، فكأنه أخر القبض إلى آخر المجلس. وإن وجدها زيوفاً أو نبهرجة، وكان ذلك في مجلس العقد، فإن تجوز به المسلم إليه جاز؛ لأن الزيوف من جنس رأس المال؛ لأن الزيوف من الدراهم ما يكون الفضة فيه غالبة على الغش والعبرة للغالب، فكان الكل

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م و ف.

فضة، فالتجوز به لا يصير مستبدلاً برأس المال، وإن رده، واستبدل به في المجلس يجوز، ويجعل كأنه أخر القبض إلى آخر المجلس، وإن افترقا قبل الاستبدال بطل السلم. فأما إذا وجد شيئاً منها مستحقاً وكان ذلك بعد الافتراق عن المجلس، فإن أجازه المالك، وكان رأس المال قائماً جاز؛ لأن حين الإجازة لا يتبين صحة القبض، فلا يتبين أن الافتراق عن المجلس حصل فيه قبل قبض رأس المال، وإذا صح القبض على سبيل التوقف عند الإجازة إذا كان رأس المال قائماً، وإن رده بطل السلم بقدره، قل أو كثر عندهم جميعاً؛ لأن القبض كان موقوفاً بين أن يكون قبض رأس المال متى أجاز، وبين أن لا يكون قبض رأس المال متى لم يجز، والموقوف بين شيئين إذا تعين أحدهما، كان هو الثابت من الأصل، وكأن قبض رأس المال لم يوجد أصلاً.

١٢٩٥١ - وأما إذا وجد منه شيئاً ستوقة، وكان بعد الافتراق عن المجلس بطل السلم بقدره، قل أو كثر، تجوز به أو رده، أو استبدل مكانه، أو لم يستبدل؛ لما ذكرنا أن الستوقة ليس من جنس رأس المال، وإذا لم تكن من جنس رأس المال ظهر أن الافتراق عن مجلس العقد حصل من غير قبض رأس المال بقدر الستوقة، فبطل السلم بقدره، ولا يعود جائزاً بالقبض بعد المجلس، كما لو لم يقبض هذا القدر أصلاً في المجلس، ثم قبض، وأما إذا وجد شيئاً منها زيوفاً، وكان ذلك بعد الافتراق عن المجلس، فإن تجوز به جاز، كما لو تجوز به في المجلس، وإن لم يتجوز به ورده، أجمعوا على أنه إذا لم يستبدل في مجلس الرد أن السلم يبطل بقدر ما رده، فأما إذا استبدل مكانه أخرى في مجلس الرد، فالقياس أن يبطل السلم بقدره، وبالقياس أخذ زفر.

وفي الاستحسان: لا يبطل متى كان المردود قليلاً، وبه أخذ علماؤنا الثلاثة، وإن كان كثيراً، فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يبطل، وعندهما: لا يبطل استحساناً، وكذلك على هذا الاختلاف أحد المتصارفين إذا وجد شيئاً مما قبض زيوفاً، ورده بعد المجلس، وجه القياس أن الرد بالزيافة مما[١] ينقض قبض المسلم إليه في رأس المال من الأصل، بدليل أنه لو لم يستبدل مكانه أخرى في مجلس الرد، يبطل السلم بقدره، ولو لم ينتقض قبضه من الأصل، وإنما ينتقض من وقت الرد مقصوراً على الرد، كان لا يبطل السلم، كما لو وهب رأس المال منه، ولهذا لا ينفرد الراد بالرد.

والدليل على أبي حنيفة رحمه الله ما إذا كان المردود كثيراً، وإذا كان الرد بالزيافة مما

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

ينتقض قبضهم من الأصل لو بقي السلم بعدها صحيحًا ، فإنما يبقى صحيحًا بصحة القبض الثاني ، وإنه يصح من وجه ، ولا يصح من وجه صح من حيث إن مجلس الرد مجلس العقد حكمًا ؛ لأن العقد كان باقيًا على الصحة إلى وقت الرد حكمًا بسبب قيام المعقود عليه ، وكون المقبوض رأس المال ، وإذا كان العقد قائمًا إلى وقت الرد ، كان مجلس الرد مجلس العقد من حيث الحكم ، فصح القبض الثاني باعتبار الحكم ، وباعتبار الحقيقة لا يصح القبض الثاني ؛ لأنه لم يوجد في مجلس الرد مجلس العقد حقيقةً ، فإن حقيقة العقد توجد بالإيجاب والقبول ، فقد دار القبض الثاني بين أن يصح وبين أن لا يصح ، والصحة لم تكن ثابتة ، فلا تثبت بالشك والاحتمال ، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى ، هكذا يقول : في المردود إذا كان كثيرًا ، إلا أنه في القليل استحسن ، وصحح القبض الثاني ، وإذا كان القياس يأبى صحته لنوع ضرورة ، فإن أموال الناس لا تخلو عن قليل زيف يكون فيها لو أخذ بحقيقة القياس في القليل ضاق الأمر على الناس ، والقياس يترك بالضرورة والحرج ، فرجحت كون هذا المجلس مجلس العقد حكمًا على كونه غير مجلس العقد حقيقةً بسبب الحرج والضرورة ، وهذه الضرورة معدومة في الكثير ؛ لأن أموال الناس يخلو عن كثير الزيوف ، فكان العبرة فيه للقياس ، والقياس أن يبطل السلم بقدر المردود ، كما قاله زفر ، وبخلاف الستوقة والمستحقة ؛ لأن أموال الناس يخلو عن المغصوب والنحاس والصفر والرصاص ، قليلا كان أو كثيرًا ، وأبو يوسف ومحمد قالا : [جاز القبض الثاني ؛ لأنه صح من وجه ، ولم يصح من وجه] (١) ، كما قاله زفر ، فنعتبره صحيحًا احتيالا لجواز العقد ، وأنه يحتال لجواز العقد ما أمكن ، فرجحنا كون هذا المجلس مجلس العقد حكمًا على كون غير مجلس العقد حقيقةً احتيالا منا لجواز العقد ، كما رجح أبو حنيفة رحمه الله كون هذا المجلس مجلس العقد حكمًا على كونه غير مجلس العقد حقيقةً إذا كان المردود قليلا ولهذا سماه استحسانًا ، وهذا بخلاف ما لو وجدها ستوقة ، أو مستحقة ، ولم يجز المستحق ؛ لأن هناك ظهر أن العقد كان باطلا ، كما تفرقا عن المجلس ؛ لأنه لم يوجد قبض رأس المال ، فأما هنا فبقي العقد صحيحًا بعد الافتراق بوجود قبض رأس المال ، وإنما بطل القبض بالرد ، فيكون العقد باقيًا إلى مجلس العقد حكمًا ، فيعتبر بما لو كان مجلس العقد حقيقةً ، ولو كان مجلس العقد حقيقةً ، إذا تفرقا بعد قبض رأس المال جاز ، كذا هنا .

---

(١) هكذا في النسخة م ، وكذا في النسخ الباقية التي عندنا ، قالا : بأن القبض الثاني صح من وجه كما قاله زفر .

ثم اتفقت الروايات الظاهرة المشهورة عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن ما زاد على النصف كثير، حتى إذا كان المردود بالزيادة أكثر من النصف [كان المردود كثيراً، وإذا كان المردود أقل من النصف][1] كان قليلاً، وهذا لأن الكثرة والقلة بين الشيئين من حيث الحقيقة إنما يعرف بالمقابلة لا بالقسمة؛ لأن ما من قليل إلا ويوجد ما هو أقل منه، فمتى كان المردود أكثر من النصف، كان المردود كثيراً باعتبار المقابلة؛ لأن ما يقابله من غير المردود أقل، فكان المردود كثيراً، وإذا كان المردود أقل من النصف كان قليلاً؛ لأن ما يقابله من غير المردود أكثر، فيكون المردود قليلاً باعتبار المقابلة، وأما النصف ففيه روايتان في رواية جعله كثيراً، وفي رواية جعله قليلاً، وفي رواية أخرى ما زاد على الثلث كثير، وما دونه قليل، وهذه الرواية موافقة لما ذكرنا في الصيد والذبائح أن الظاهر من العضو المبان إذا كان أكثر من الثلث فهو كثير، والثلث وما دونه قليل.

نوع آخر في بيان ما يكون قصاصاً في السلم وما لا يكون:

١٢٩٥٢ - هذا النوع يبتني على أصلين: أحدهما: أن دين المسلم فيه يستوفى، ولا يوفى به دين آخر، أما يستوفى لأن الاستيفاء وفاء بموجب العقد، وأما لا يوفى به دين آخر، لأن إيفاء دين آخر به استبدال، والاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك»[2]، والمراد المسلم فيه حال بقاء العقد، ورأس مال السلم بعد انفساخه، ولأن المسلم فيه مبيع، وأنه دين، والاستبدال بالمبيع العين قبل القبض لا يجوز، مع أن العين أقبل للتصرف من الدين، فلأن لا يجوز بالمبيع الدين أولى.

١٢٩٥٣ - وأصل آخر: وهو أن في باب المقاصة يصير آخر الدينين قضاء لأولهما، ولا يصير أول الدينين قضاء لآخرهما؛ لأن القضاء يتلو الوجوب، ولا يسبقه، ولهذا قلنا في الدين المشترك لو وجب للمديون على أحد الشريكين دين بقدر حصته، فصار قصاصاً، وكان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصفه؛ لأنه صار مستوفياً حصته، وإذا كان دين المديون سابقاً

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٠٠٠٢)، باب من كره أن يأخذ بعض سلمه، وذكره الزيلعي في نصب الراية ٥١/٤، وعزاه إلى أبي داود وابن ماجه من حديث أبي سعيد الخدري، ورواه الترمذي في علله الكبير، وقال: لا أعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه، وهو حديث حسن.

على دينهما، فصار قصاصاً لم يكن لشريكه أن يرجع عليه بشيء، لأنه صار قاضياً بنصيبه ديناً عليه لا مقتضياً، وعلامة الاستيفاء قبض عين مضمون مثل المسلم فيه بعقد السلم، لا على وجه الاقتضاء بدين آخر، ألا يرى أنه في الموضع الذي صار مستوفياً، إنما صار مستوفياً بهذا الحد، وهو قبض عين مضمون بمثل المسلم فيه بعد عقد السلم لا على وجه الاقتضاء بدين آخر، وهذا لأن قبض عين الدين لا يتصور، وإنما يتصور قبضه بهذا الطريق، وهو أنه يصير المقبوض مضموناً على القابض إذا قبضه لا على وجه الاقتضاء بدين آخر؛ ثم يلتقيان قصاصاً إذا كان المقبوض مثل الدين، وإن كان في هذا نوع مبادلة، لكن الاستيفاء لا يتهيأ بدونه، فسقط اعتبار هذا النوع من المبادلة شرعاً في المحرم الاستبدال الخالص، وإنما شرطنا أن يكون قبض مثل هذا العين بعد عقد السلم؛ لأنه لو كان قبله كان دين السلم آخر الدينين، وآخر الدينين يصير قضاء لأولهما، ولا يصير أولهما قضاء لآخرهما، فيكون استبدالاً بالمسلم فيه، وإذا وجب على رب السلم مثل المسلم بسبب متقدم على العقد، يصير قصاصاً بالسلم، أما على الأصل الأول فلأن ما هو صورة الاستيفاء وهو القبض الحقيقي لم يوجد بعد عقد السلم، وأما على الأصل الثاني فلأنه لو وقعت المقاصة صار دين السلم قضاء لما وجب قبل عقد السلم؛ وكذلك إذا وجد بعقد بعده لم يصر قصاصاً، نحو: أن يشتري رب السلم من المسلم إليه شيئاً [بحنطة][1] مثل السلم للأصل الأول، وهو انعدام القبض حقيقة بعد عقد السلم دون الأصل الثاني، ولو وجب عليه بقبض مضمون، نحو: أن غصب منه كراً بعد عقد السلم، أو استقرض منه، فصار قصاصاً لوجود حد الاستيفاء، وهو قبض مضمون بعد عقد السلم، لا على وجه الاقتضاء بدين آخر.

١٢٩٥٤ - ولو كان غصبه منه قبل العقد وهو قائم في يده حتى حل السلم، فجعله قصاصاً، صار قصاصاً، سواء كان بحضرتهما، أو لم يكن؛ لأن القبض حقيقة موجود، وأنه مما يتجدد، فكان لدوامه حكم الابتداء، فجازت المقاصة.

١٢٩٥٥ - ولو كان وديعة عند رب السلم قبل العقد أو بعده، فجعله بالمسلم إليه قصاصاً لم يكن قصاصاً إلا أن يكون بحضرتهما، أو يرجع رب السلم، فيستخلي به[2]؛ لأن قبض رب السلم كان أمانة، والمعتبر في الاستيفاء قبض ضمان، ولا بد من تجديد القبض بالتخلية به.

١٢٩٥٦ - ولو غصب منه كراً بعد العقد قبل حلول السلم، ثم حل، وهو بعينه يصير

(١) هكذا في م .

(٢) هكذا في م ، وكان في النسخ الباقية التي عندنا فيستخلفه .

قصاصًا، ولو كان الغصب واقعًا قبل العقد، فلابد من أن يجعله قصاصًا. والفرق وهو أن في الفصل الأول الغصب انعقد بصفة الضمان وجد بعد عقد السلم، فصح الاقتضاء. لكن لم تثبت المقاصة قبل حلول الأجل لما فيه من إبطال الأجل، فإذا حل الأجل، زال المانع، فثبتت المقاصة، أما في الفصل الثاني القبض حين وجد لم يصح الاقتضاء لوجوده قبل عقد السلم، إلا أن لدوامه حكم الابتداء، فاعتبر أن لدوامه حكم الابتداء، جازت المقاصة، ومن حيث إنه دفع ما يصلح اقتضاء لابد من إثبات المقاصة من قبل المتعاقدين.

ولو غصب منه بعد عقد السلم كرًا أجود من السلم لم يصر قصاصًا إلا برضا المسلم إليه. وإن كان أردأ لم يصر قصاصًا إلا برضا رب السلم، لاعتبار الحق كل واحد منهما في الوصف.

١٢٩٥٧- قال محمد رحمه الله تعالى في «الزيادات»: رجل أسلم إلى رجل مائة درهم في كر حنطة وسط إلى أجل معلوم، ودفع رأس المال، ثم إن رب السلم باع من المسلم إليه عبدًا بكر حنطة وسط مثل المسلم فيه، وقبض الكر، ولم يسلم العبد إليه حتى انتقض العقد في العبد، أو بالرد بخيار الشرط، أو الرؤية أو بالرد بالعيب قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء، أو بعد القبض بقضاء حتى انفسخ العقد من كل وجه في حق الناس كافة كان على رب السلم أن يرد الكر الذي هو ثمن العبد حكمًا لانفساخ العقد في العبد، فإن العقد قد انفسخ في العبد بهذه الأسباب من كل وجه، وعند انفساخ العقد لا يسلم العبد للمشتري، فلابد من أن يسلم الثمن للبائع.

١٢٩٥٨- فإن قال بائع العبد وهو رب السلم: أنا أمسك الكر المقبوض، وأرد مثله، كان له ذلك؛ لأن المستحق على البائع من الثمن حال انفساخ العقد ما هو المستحق على المشتري حال مباشرة العقد، والمستحق على المشتري حال مباشرة العقد كر مطلقًا في الذمة، لا كر بعينه، فكذا المستحق على البائع حال انفساخ العقد، توضيحه: أن استحقاق الرد بحكم الفسخ فإنما يثبت استحقاق ما ورد عليه الفسخ، والفسخ ما ورد على المقبوض العين، وإنما ورد على موصوف في الذمة ضرورة ورود البيع عليه، فإن الفسخ إنما يرد على ما ورد عليه البيع، ولأن هذا الكر ما صار ملكًا له بالعقد ليزول عن ملكه بانفساخ العقد؛ لأن العقد ما ورد على العين، وإنما صار ملكًا له بالقبض، والقبض باق، فيبقى الكر مملوكًا له، فكان له أن يحبسه؛ فإن لم يرد رب السلم الكر الذي هو ثمن حتى حل السلم، صار قصاصًا بكر السلم تقاصا أو لم يتقاصا؛ لأن البيع إذا انتقض، وانفسخ من كل وجه بالأسباب التي ذكرنا، بطل

جهة الثمنية للكر، فبقي الكر في يده مقبوضًا بعد عقد السلم، لا على وجه الاقتضاء بدين آخر، وهو قبل السلم، فقد وجد علامة الاستيفاء، فصار قصاصًا بالسلم لهذا، وكذلك لو كان عقد البيع قبل السلم، ولكن قبض الكر الذي هو ثمن كان بعد السلم، ثم انفسخ البيع بينهما بالأسباب التي ذكرنا، صار الكر الذي هو ثمن قصاصًا بالسلم عند حلول الأجل؛ لأن العبرة لحالة القبض، لا لحالة العقد؛ لأن الاستيفاء يقع بالقبض، والقبض وجد بعد عقد السلم، فتقدم العقد وتأخره في هذا سواء.

٩د١٢٩ – ولو كان مشتري العبد وهو المسلم إليه رد العبد بعد القبض بالتراضي، أو تقايلا العقد في العبد، والباقي بحاله، فإن الكر الذي هو ثمن لا يصير قصاصًا بالسلم في الفصلين جميعًا تقاصا أو لم يتقاصا، وإنما كان كذلك لأن الرد بالعيب بعد القبض بالتراضي، والإقالة فسخ في حق المتعاقدين عقد جديد في حق الثالث؛ لأن الصورة صورة الفسخ، وهو قولهما: فسخنا، والمعنى المبادلة، وهو التمليك، والتمليك بالتراضي، ولا يمكن اعتبار المعنى، والصورة في حق شخص واحد، فاعتبرنا الصورة في حق المتعاقدين، واعتبرنا المعنى في حق الثالث، وحرمة الاستبدال بالمسلم فيه حق الشرع، فصار في حق حرمة الاستبدال الذي هو حق الشرع عقد جديدًا، وإذا اعتبرنا على هذا الوجه بقي العقد الأول وثمنه، فبقي الكر مقبوضًا بجهة الثمنية، فلا يمكن أن يجعل ذلك القبض استيفاء لما ذكرنا أن الاستيفاء أن يكون بقبض عين مضمون، هو مثل الثمن، لا بجهة الاقتضاء بدين آخر، وهذا الكر بقي مقبوضًا بجهة الثمنية، فلو صار قصاصًا، كان هذا استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض، وأنه لا يجوز.

أو نقول: بأن الرد بالعيب بعد القبض بالتراضي والإقالة اعتبر كل واحد منهما فسخًا في حق المتعاقدين فيما هو من حقوق ذلك العقد، اعتبارًا للصورة، وفيما ليس من حقوق ذلك العقد اعتبر بيعًا جديدًا اعتبارًا للمعنى على ما ذكرنا. وعقد السلم ليس من حقوق ذلك العقد، فيجعل في حق حكم السلم بمنزلة بيع مبتدأ، ولما كان هكذا بقي العقد الأول وثمنه، والتقريب ما ذكرنا، ولو كان عقد البيع وقبض الكر قبل عقد السلم، والباقي بحاله، فإن الكر الذي هو ثمن العبد لا يصير قصاصًا بكر السلم، وإن تقاصا؛ لأنه صار قصاصًا صار دين السلم إيفاء واقتضاء بثمن العبد؛ لأنه آخر الدينين، وقد ذكرنا أن آخر الدينين يصير قضاء لأولهما، فيصير آخرهما مقبوضًا بدين السلم، ويصير دين السلم مقبوضًا، فلا يجوز. والله أعلم.

قفيز من تمر، أو أقل، فالصلح جائز؛ لأن رب السلم استوفى بعض حقه، وأبرأه عما بقي؛ لأن في لفظ الصلح ما يدل على الإبراء والإسقاط كيف، وقد صرح بالإبراء في بعض المواضع، ولم يشترط عليه بيع ما أبرأه عوضًا، وهو الحسن الجميل الذي ورد به الأمر، فيجوز.

وإن كانت قيمة قفيز من الرطب أكثر من قيمة ثلاثة أرباع قفيز السلم، بطل الصلح؛ لأنه وإن استوفى قدر ثلاثة الأرباع، وأبرأه عن الربع، فقد جعل لنفسه بمقابلة ما أبرأه عنه، فضل جودة الرطوبة، فلا يجوز، كمن له على آخر ألف درهم نبهرجة إلى سنة، فصالحه على خمسمائة نبهرجة[1] معجلة، أو كان له على رجل ألف درهم نبهرجة حالة، فصالحه على خمسمائة جيدة حالًا، لا يجوز؛ لأنه اعتاض صفة الجودة عما أبرأه، فكذا هذا.

١٢٩٦٢ - واستشهد محمد رحمه الله تعالى لإيضاح هذا بما لو كان لرجل على رجل قفيز تمر من دقل، فصالحه على نصف قفيز تمر حال، كان الصلح باطلًا؛ لأنه حط القدر بمقابلة فضل الجودة في المسألة الأولى، وبمقابلة فضل الحلول في المسألة الثانية، كذا هنا.

١٢٩٦٣ - رجل أسلم إلى رجل في قفيز من حنطة، فأعطاه مكانه قفيز حنطة مقلية، لم يجز في قولهم جميعًا؛ لأنه لا مماثلة بين المقلية وغير المقلية عرفًا، ولهذا لا يجوز بيع المقلية قفيزًا بقفيز عندهم جميعًا، وكان هذا استبدالًا عند المكال، لا استيفاء، فلهذا لا يجوز، وكذلك لو أسلم في قفيز بسر أخضر أو صفر في حسنة، وأعطاه مكانه قفيز بسر مطبوخ، أو أسلم في قفيز حنطة، فأعطاه مكانه قفيز دقيق لا يجوز؛ لأنه لا مماثلة بين البسر المطبوخ والبسر الأخضر، ولهذا لا يجوز بيع قفيز من الحنطة المطبوخة بقفيز من غير المطبوخة، ولا يجوز بيع قفيز حنطة بقفيز دقيق، فعلم أنه لا مماثلة، فكان هذا استبدالًا لا استيفاء.

١٢٩٦٤ - ولو أسلم في قفيز حنطة، فأعطاه قفيزًا من حنطة قد ابتلت في الماء حتى انتفخ، فهذا جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وعند محمد لا يجوز؛ لأنهما مثلان عندهما، خلافًا لمحمد، ولهذا جاز بيع الحنطة المبلولة بغير المبلولة عندهما قفيزًا بقفيز، خلافًا لمحمد، وكان يقول محمد في هذا على قياس قوله في الرطب.

ولو أسلم في زيتون، فأخذ مكانه زيتًا، لا يجوز، وإن علم أنه أقل مما في الزيتون؛ لأنهما صنفان، فيكون استبدالًا.

[1] ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م و ب.

نوع آخر في الاختلاف الواقع بين رب السلم وبين المسلم إليه:

١١٩٦٥ - وإنه على وجوه: الأول : أن يقع الاختلاف بينهما في المسلم فيه، أو في رأس المال، أو فيهما، ويجب أن يعلم بأن هنا مسألتان. الأولى : ما إذا كان رأس المال دينًا كالدراهم والدنانير، وإنها على وجوه ثلاثة: الأول: أن يقع الاختلاف في المسلم فيه، وإنه على وجوه ثلاثة: إن وقع الاختلاف في جنسه، بأن قال رب السلم: أسلمت عشرة دراهم في كر حنطة، وقال المسلم إليه: أسلمت عشرة دراهم في كر شعير، تحالفا استحسانًا إن لم يكن لهما بينة، ويبدأ بيمين المسلم إليه في قول أبي يوسف الأول، وفي قوله الآخر: يبدأ بيمين رب السلم، وإذا تحالفا، فالقاضي يقول لهما: ما ذا تريدان؛ لأن العقد لا ينفسخ بمجرد التحالف، كما في بيع العين، فإن قالا: نفسخ العقد، أو قال أحدهما ذلك، فسخ القاضي العقد بينهما، وإن قالا: لا نفسخ، تركهما رجاء أن يعود أحدهما إلى تصديق صاحبه، وأيهما أقام بينة، قبلت بينته، وفي قبول بينة المسلم إليه إشكال، إذ لا وجه إلى قبولها لإثبات العشرة لنفسه؛ لأن رب السلم قد أقر له بعشرة، ولا وجه إلى قبولها لإثبات الشعير؛ لأنه يثبت الشعير للغير، والبينة لا تقبل على إثبات حق الغير، ولكن الوجه في ذلك أن بينة المسلم إليه إنما تقبل لإسقاط اليمين عن نفسه، وكما تقبل بينة الإنسان لإثبات الحق على نفسه تقبل لإسقاط اليمين عن نفسه، ألا ترى أن بينة المودع على الرد مقبولة لإسقاط اليمين عن نفسه؛ لأن البراءة حاصلة بقوله: رددت، وإن أقاما البينة إن لم يتفرقا عن مجلس العقد بعد، فعند محمد رحمه الله تعالى: يقضي بعقدين، يقضي على رب السلم بعشرين درهمًا، وعلى المسلم إليه بكر حنطة وكر شعير، وإن تفرقا عن المجلس، وقد نقد رب السلم عشرة لا غير، يقضي بعقد واحد بينة رب السلم، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى يقضي بعقد واحد ببينة رب السلم على كل حال.

فالأصل عند محمد رحمه الله تعالى في جنس هذه المسائل: أن يقضي بسلمين ما أمكن، فإن لم يمكن لضرورة، حينئذٍ يقضي بسلم واحد، وإنما كان الأصل القضاء بعقدين؛ لأنه اجتمع ما يوجب القضاء بعقدين، فإن كل واحد منهما ادعى عقدًا غير العقد الذي ادعاه صاحبه، فإن العقد على الحنطة غير العقد على الشعير، وما يوجب القضاء بعقد واحد فإنهما مع اختلافهما اتفقا على أنهما لم يجر بينهما إلا عقد واحد، فكان القضاء بعقدين [وجبه عمل

بالبينتين وبدعوى العقدين صورة أولى من القضاء بعقد واحد[1]، وفيه تعطيل إحدى البينتين.

إذا ثبت هذا فنقول: ما دام في مجلس العقد أمكن القضاء بالعقدين، إذ يمكن القضاء بعشرين في كل عقد بعشرة، إذ لا يمكن بقدر رأس مال كل عقد في مجلس، أما إذا تفرقا عن المجلس، وقد نقد رب السلم عشرة لا غير، لا يمكن القضاء بعقدين إذا لم ينعقد رأس مال أحدهما في المجلس، فيقضي ببينة رب السلم؛ لأن رب السلم بينته تثبت الحق لنفسه، والمسلم إليه يثبت الحق لغيره.

١٢٩٦٦- والأصل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: القضاء بسلم واحد إلا إذا تعذر، فيقضي بسلمين حينئذ على ما يأتي بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-، وإنما كان الأصل هو القضاء بعقد واحد تقليلا لما يأباه القياس؛ لأن القياس يأبى جواز السلم؛ لأنه بيع ما ليس عند الناس.

١٢٩٦٧- إذا ثبت هذا فنقول: القضاء بعقد واحد هنا ممكن برد بينة المسلم إليه؛ لأن بينة المسلم إليه قامت على إثبات [العشرة لنفسه، وعلى إثبات الشعير لغيره، والعشرة ثابتة له بإقرار رب السلم، فلا تقبل بينة من هذا الوجه، وكذلك لا تقبل بينته على إثبات الشعير؛ لأن البينة على الشعير قامت على إثبات][2] ما أقر به للغير، والبينة على إثبات ما يقر به الإنسان لغيره غير مقبولة، فإن من أقر لإنسان بشيء، وكذبه المقر له، فقال المقر: أنا أقيم البينة على ذلك، لا تقبل بينته، فهو معنى قولنا: أمكن رد بينة المسلم إليه، فيمكن القضاء بعقد واحد بينة رب السلم من هذا الوجه، فيقضي به، وإن اختلفا [في قدر المسلم فيه، فهذا وما لو اختلفا في جنس المسلم فيه سواء، إذ المعنى لا يوجب الفصل، وإن اختلفا][3] في صفة المسلم فيه، ولا بينة لواحد منهما، القياس أن يتحالفان، وفي الاستحسان لا يتحالفان، وبالقياس نأخذ.

وجه الاستحسان: أنهما اختلفا في صفة المبيع، فلا يتحالفان، كما في بيع العين، وجه القياس: أن الاختلاف في صفة المسلم فيه، وإنه دين بمنزلة الاختلاف في أصل المعقود عليه في

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

واختلفا في حق المسلم إليه؛ لأن المسلم إليه يدعي الدينار، ورب السلم ينكر، فالقول قول المنكر في الشرع، وفي الاستحسان: يتحالفان، كما إذا اختلفا في جنس الثمن في بيع العين، وإن أقاما البينة، فعند محمد رحمه الله تعالى: يقضي بعقدين يقضي على رب السلم بدينار وعشرة دراهم، ويقضي على المسلم إليه بكر حنطة إن لم يتفرقا عن مجلس العقد؛ لأن القضاء بعقدين على هذا الوجه ممكن: لأن رأس المال دين، والمسلم فيه كذلك، ومحل الدين الذمة، وفي الذمة سعة، فأمكن القضاء بعقدين، ومن أصله القضاء بعقدين إلا في موضع التعذر، ولم يذكر في الكتاب قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى في هذه الصورة.

وذكر ابن سماعة في نوادره عنهما أنه يقضي بعقدين، وذكر الكرخي أنه يقضي بعقد واحد ببينة المسلم إليه، وهو الصحيح؛ لأن الأصل عندهما أن يقضي بعقد واحد ما أمكن، وأمكن القضاء بعقد واحد برد بينة رب السلم؛ لأن بينته قامت على إثبات العشرة، وكر حنطة، وكر حنطة ثابت له بإقرار المسلم، فلا حاجة إلى إثباته بالبينة، والعشرة ثابتة للمسلم إليه بإقرار رب السلم، فبينة رب السلم قامت في حق العشرة على إثبات ما أقر به لغيره، فهو معنى قولنا: أمكن رد بينة رب السلم، فأمكن القضاء بعقد واحد، فيقضي به.

١٢٩٧٠ - وإن وقع الاختلاف في قدر رأس المال أو صفته، فالجواب فيه كالجواب فيه إذا وقع الاختلاف في صفة المسلم فيه أو قدره، فأما إذا اختلفا في المسلم فيه، وفي رأس المال، ورأس المال شيء لا يتعين بالتعيين إن اختلفا في جنس المسلم فيه، وفي جنس رأس المال، ولا بينة لواحد منهما، يتحالفان قياسا واستحسانا؛ لأن كل واحد منهما حصل مدعيا ومدعى عليه؛ لأن المسلم إليه يدعي الدينار على رب السلم، ورب السلم ينكر، ورب السلم يدعي الحنطة على المسلم إليه، والمسلم إليه ينكر، فيتحالفان قياسا واستحسانا، كما في بيع العين، فإن أقام أحدهما بينة، قبلت بينته، وإن أقاما البينة، يقضي بالعقدين إن لم يتفرقا عن مجلس العقد بلا خلاف، أما عند محمد رحمه الله تعالى فظاهر، وأما عندهما فلأن عندهما إنما يقضي بعقد واحد عند الإمكان، ولا إمكان هاهنا؛ لأن إمكان القضاء بعقد واحد إما برد إحدى البينتين، أو بقبول كل واحد منهما في إثبات الزيادة مع القضاء بعقد واحد، وقد تعذر القضاء بعقد واحد برد إحدى البينتين؛ لأن كل واحدة منهما قامت في موضعها ومحلها؛ لأن رب السلم أقام البينة على الحنطة، والحنطة غير ثابتة له بإقرار المسلم إليه؛ لأن المسلم إليه منكر للحنطة، والمسلم إليه أقام بينة على الدينار، والدينار غير ثابت له بإقرار رب

السلم ؛ لأن رب السلم[^١] منكر للدينار ، فهو معنى قولنا : تعذر ببينتين ، وتعذر قبول كل واحد في إثبات الزيادة مع القضاء بعقد واحد ؛ لأن الزيادة إنما تتحقق في جنس واحد ، لا في جنسين مختلفين ، فالدينار لا يصلح زيادة في الدراهم ، والدراهم لا تصلح زيادة في الدنانير ، والحنطة لا تصلح زيادة في الشعير ، وكذا الشعير لا يصلح زيادة في الحنطة ، فتعذر القضاء بعقد واحد من هذا الوجه ، فيقضي بعقدين ضرورة ، وإن وقع الاختلاف في قدر المسلم فيه ، وفي قدر رأس المال ، ولا بينة لهما يتحالفان ، وإذا أقام أحدهما بينة ، قبلت بينته ، وإن أقاما البينة قضي بعقدين عند محمد رحمه الله تعالى إن لم يتفرقا عن مجلس العقد ، وعندهما يقضي بعقد واحد ، إذ القضاء بعقد واحد ممكن ، بأن يقبل كل واحد منهما على إثبات الزيادة في عقد واحد على ما أقر له صاحبه ؛ لأن الجنس واحد ، فيمكن القضاء بكل واحدة من البينتين في عقد واحد من حيث إثبات الزيادة من غير إثبات عقد آخر ، فلا ضرورة إلى القضاء بعقدين ، فيقضي على رب السلم بعشرين ببينة المسلم إليه ، ويقضي على المسلم إليه بكري حنطة ببينة رب السلم ، وإن اختلفا في صفة رأس المال والمسلم فيه ، فالجواب فيه كالجواب في حق التحالف أن يتحالفا قياساً واستحساناً ؛ لأن كل واحد منهما صار بدعواهما مدعياً ومدعى عليه ، فيتحالفان قياساً واستحساناً ، والجواب في البينة عندهم جميعاً كالجواب فيما إذا اختلفا في صفة المسلم فيه ، وفي صفة رأس المال لا غير ، فكل جواب عرفت ثمة في حق إقامة البينة عندهم جميعاً ، فهو الجواب هاهنا ، هذا الذي ذكرنا إذا كان رأس المال دراهم أو دنانير.

١٢٩٧١ - المسألة الثانية : إذا كان رأس المال عيناً ، بأن كان عرضاً إذا اختلفا في جنس المسلم فيه ، فإن الجواب في التحالف أن لا يتحالفان قياساً ، ويكون القول قول المسلم إليه ؛ لأنهما اتفقا على حق المسلم إليه ، واختلفا في حق رب السلم ؛ لأن رب السلم يدعي الحنطة ، والمسلم إليه ينكر ، فيجب أن يكون القول قول المسلم إليه ، ولا يتحالفان ، ولكن في الاستحسان يتحالفان ، ثم الجواب إلى آخره على ما قلنا ، وإن قامت لأحدهما بينة ، فإنه يقضي ببينته ، وإن أقاما جميعاً البينة ، فإنه يقضي بعقد واحد منهم جميعاً ، أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله تعالى ، فلا إشكال ؛ لأن عندهما يقضي بسلم واحد مع إمكان القضاء بسلمين ، فحال عدم الإمكان أولى ، وأما على قول محمد رحمه الله تعالى فلأنه تعذر القضاء بعقدين ؛ لأن رأس المال عين ، والعين متى جعل رأس المال في السلم لا يمكن أن يجعل رأس مال في سلم آخر إلا بعد إثبات الشراء ثانياً من المسلم إليه ، ولا يمكن إثبات الشراء ؛ لأن

---

[^١]: ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

الشهود لم يشهدوا بذلك لتعذر القضاء بعقدين، فوجب القضاء بعقد واحد، بخلاف ما لو كان رأس المال دراهم أو دنانير؛ لأنه يجب دينًا في الذمة، وفي الذمة سعة، فيمكن القضاء بعشرين، كما يمكن بعشرة، فقد أمكن القضاء بعقدين، فلا يقضي بعقد واحد.

١٢٩٧٣- وإن اختلفا في قدر المسلم فيه، فالجواب في حق التحالف والبينة كالجواب في الفصل الأول عندهم جميعًا، وإن اختلفا في صفة المسلم فيه، إن لم تقم لأحدهما بينة: فالقياس على ما مضى أن يتحالفا. وفي الاستحسان لا يتحالفان، وبالقياس نأخذ، ثم الجواب إلى آخره على ما بينا. وإن قامت لأحدهما، فإنه يقضي ببينته، وإن أقاما جميعًا البينة، يقضي بعقد واحد عندهم جميعًا؛ لأن القضاء بعقدين غير ممكن، إلا بعد الشراء ثانيًا من المسلم إليه، والشهود لم يشهدوا ثانيًا بالشراء، فإن اختلفا في جنس رأس المال، ولم تقم لأحدهما بينة، القياس أن لا يتحالفان، ويكون القول قول رب السلم، وفي الاستحسان يتحالفان؛ وإن قامت لأحدهما بينة، فإنه يقضي ببينته؛ لما بينا.

وإن قامت جميعًا البينة فعلى قول محمد رحمه الله تعالى: يقضي بعقدين؛ لأن القضاء بالعقدين ممكن؛ لأن كل فريق يشهد بعين ما لم يشهد به الآخر، والقضاء بعينين في عقدين ممكن، فيقضي بعقدين، كما لو اختلفا في جنس رأس المال؛ ورأس المال دين، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى يقضي بعقد واحد على رواية الكرخي، وهو الأصح، لأن القضاء بعقد واحد ممكن برد إحدى البينتين، وهي بينة رب السلم؛ لأنها قامت على إثبات ما هو ثابت له بإقرار المسلم إليه، وفي جانب رأس المال قامت على إثبات إقراره لغيره، وعلى نفي ما يدعي المسلم إليه، ولما أمكن رد إحدى البينتين أمكن القضاء بعقد واحد، وإن اختلفا في مقدار، إن لم يقم لأحدهما بينة، فالقياس أن يكون القول قول رب السلم، ولا يتحالفان؛ لأن المسلم إليه يدعي زيادة ثوب في رأس المال؛ وهو ينكر وفي جانب المسلم فيه اتفقا على أنه كر حنطة، إلا أنهما يتحالفان استحسانًا [بالأثر][1]، وإن قامت لأحدهما بينة، فإنه يقضي ببينته، وإن أقاما جميعًا البينة، يقضي بعقد واحد عندهم؛ لأن القضاء بعقدين غير ممكن؛ لأن أحد الثوبين باتفاق البينتين صار رأس المال في عقد، فلا يتصور أن يجعل رأس المال في عقد آخر إلا بدراج زيادة لم يشهدوا بها الشهود، وهو الشراء، وإن اختلف في صفته إن لم يقم لأحدهما بينة؛ فإنهما لا يتحالفان قياسًا واستحسانًا، ويكون القول قول رب السلم؛ لأنهما اختلفا في صفة رأس المال، وهو عين، فكان بمنزلة ما لو اختلفا في صفة المعقود عليه في بيع

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

كان لا يصح العقد بدونه، قياسًا على الأجل، وإنما قلنا ذلك؛ لأن بيان مكان الإيفاء شرط ملحق بالسلم، والسلم يوجد بدون مكان الإيفاء، إلا أنه يكون فاسدًا كالأجل.

والدليل على أن الاختلاف في المكان(١) كالاختلاف في الأجل أن الأسعار تختلف باختلاف المواضع والأمكنة، كما تختلف باختلاف الأيام والأزمنة، ألا ترى أن التجار ينقلون الطعام وغيره من السلع من بلد إلى بلد لطلب الربح، كما يحبسونها من وقت إلى وقت رجاء الربح بسبب تغير السعر، ثم الاختلاف في الأجل لم يوجب التحالف، فكذا في بيان مكان الإيفاء.

والجواب عما قلنا: إن كان الاختلاف في بيان مكان الإيفاء اختلافًا في قدر المسلم فيه في رأس المال معنى، فمن حيث الحقيقة اختلاف في شرط ملحق بالعقد يوجد العقد بدونه، كالأجل، فيجب التحالف من وجه لا يجب من وجه، فلا يجب، لهذا إذا لم تقم لأحدهما بينة، وإن قامت لأحدهما بينة، فإنه يقضى ببينته طالبًا كان أو مطلوبًا لما ذكرنا.

١٢٩٧٥ - وإن أقاما جميعًا البينة، ذكر أنه يقضى ببينة الطالب؛ لأن في بينته زيادة إثبات، وهو النقل إلى المكان الذي يدعيه تنفيه بينة المسلم إليه، فكانت أولى بالقبول، ويقضى بعقد واحد، وهذا عند أبي يوسف رحمه الله تعالى: لا إشكال؛ لأن على مذهبه لو اختلفا في مقدار المعقود عليه من حيث الحقيقة، وقامت لهما بينة، فإنه لا يقضى بعقدين، فهذا أولى.

وإنما يشكل على قول محمد رحمه الله تعالى؛ لأن الأصل عنده أن يقضى بعقدين متى اختلفا في مقدار المعقود عليه على الحقيقة ليكون عملاً بالبينتين، ومع هذا قال: يقضى بعقد واحد مع إمكان القضاء بعقدين، بأن يقضى ببينة رب السلم بعشرة دراهم في كر حنطة إلى المكان الذي ادعاه رب السلم، وببينة المسلم إليه بعشرة دراهم في كر حنطة إلى المكان الذي يدعيه المسلم إليه، ولكن وجه الفرق له: ذكرنا أن مؤنة الكراء معقود عليه من وجه دون وجه على ما بينا، والاختلاف في مقدار المعقود عليه من كل وجه، وفي رأس المال إنما يوجب القضاء بعقدين متى قامت لهما بينة على مذهبه، والتحالف إذا لم تقم لهما بينة، والاختلاف فيما ليس بمعقود عليه من كل وجه، كالأجل لا يوجب القضاء بعقدين متى قامت لهما بينة، ولا التحالف إذا لم يقم لواحد منهما بينة، وإذا كان بين هذين عملنا بالشبهين في حق حكمين مختلفين، فجعلناه بشبه المعقود عليه في حق التحالف ليمكن العمل بالشبه الآخر؛ لأنا متى عملنا بشبه المعقود عليه في حق القضاء بعقدين، لزمنا إلغاء هذا الشبه في حق التحالف من طريق الأولى؛ لأن

---

(١) في م: أن الاختلاف في الأجل كالاختلاف في المكان.

التحالف أسبق ثبوتاً من القضاء بعقدين، حتى وجب التحالف في بيع العين في موضع لا يجب القضاء بعقدين، كما لو اختلفا في بيان [مقدار الثمن، لا غير. فلهذا أظهرنا شبهة المعقود عليه في حق التحالف، دون القضاء بعقدين، هذا الذي ذكرنا إذا اختلفا في بيان][1] مكان الإيفاء.

١٢٩٧٦- الوجه الثالث: ما إذا اختلفا في الأجل، وهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما إن اختلفا في أصل الأجل، بأن قال أحدهما: كان بأجل، وقال الآخر: كان بغير أجل، أو اختلفا في مقدار الأجل، بأن قال رب السلم: كان الأجل شهراً، وقال المسلم إليه: لا بل شهرين، واختلفا في المضي، بأن قال رب السلم: كان شهراً، وقد مضى، وقال المسلم إليه: لم يمض بعد، وإنما أسلمت إلي الساعة.

فإن اختلفا في أصل الأجل، فهذا على وجهين: إما أن يكون مدعي الأجل الطالب أو المطلوب، فإن كان مدعي الأجل هو الطالب، والمطلوب ينكر، ولم تقم لهما بينة، فالقياس أن يكون القول قول المطلوب مع يمينه [وفي الاستحسان يكون القول قول الطالب مع يمينه][2].

وجه القياس في ذلك، وهو: أن المطلوب ينكر الأجل، وإن كان يدعي فساد العقد، إلا أنه يدفع استحقاق مال عن نفسه بدعوى الفساد، فيكون القول قوله إذا لم يسبق منه إقرار بالجواز، بيان ما قلنا: إن السلم في جانب المسلم [إليه بيع بأقل الثمنين، فيكون ما يستحق عليه من المسلم][3] فيه أكثر مما يحصل له من رأس المال، فكان دافعاً عن نفسه استحقاق مال بدعوى الفساد، فيكون القول قوله.

١٢٩٧٧- ومن كان مدعياً لفساد العقد، كالمضارب ورب المال إذا اختلفا، فقال رب المال: شرطت لك نصف الربح إلا عشرة، وقال المضارب: شرطت لي الثلث، أو النصف، كان القول قول رب المال، وإن كان مدعياً للفساد لما ادعى؛ لأنه دفع بدعوى الفساد استحقاقاً عن نفسه على ما مر بيانه قبل هذا.

وللاستحسان طريقان في ذلك: أحدهما، أن يقال: إن المطلوب لما أقر بالسلم، فقد أقر بالأجل؛ لأن السلم عبارة عن أخذ مال عاجل بآجل، فصار مقراً بالأجل راجعاً عنه،

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، م، وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من السرخسي. م، و، ط

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، م، وف.

فلا يصدقه في الرجوع .

والثاني : وهو أن المطلوب بإنكار الأجل يدعي فساد العقد من غير أن يدفع عن نفسه استحقاقًا ؛ لأن المسلم فيه غير مستحق للحال متى ثبت الأجل جاز العقد ، وإذا لم يكن المسلم فيه مستحقًا عليه للحال حتى ثبت جواز العقد ، لا يكون بدعوى الفساد دافعًا استحقاقًا عن نفسه للحال ، وأحد المتعاقدين إذا ادعى الفساد ، والآخر يدعي الصحة ، ومدعي الفساد ليس بدافع استحقاقًا عن نفسه بما يدعي من الفساد ، فإنه لا يصدق في دعوى الفساد ، كما في النكاح ، وكما في المضاربة على ما مر .

هذا إذا كان الطالب هو مدعي الأجل ، فأما إذا كان المطلوب هو مدعي الأجل ، قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه القول قوله : استحسانًا ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله تعالى : القول قول الطالب قياسًا ، وجه قولهما : أن الطالب بإنكار الأجل وإن كان يدعي فساد العقد ، إلا أنه بدعوى الفساد يدفع عن نفسه استحقاق مال للحال ؛ لأن رأس المال يستحق عليه للحال في السلم متى ثبت جواز السلم ، ولا يحصل له للحال عوض ، إنما يحصل له في الزمان الثاني ؛ لأن المسلم فيه آجل ، والآجل لا يعادل العاجل ؛ لأن النقد خير من النسيئة ، وقد ذكرنا أن أحد المتعاقدين إذا ادعى الفساد ، يكون القول قوله ، إذا كان دافعًا عن نفسه استحقاقًا ، بخلاف ما لو أنكر المطلوب الأجل ، وادعى الطالب ذلك ؛ لأن المطلوب بإنكار الأجل يدعي فساد العقد من غير أن يدفع عن نفسه استحقاقًا للحال ؛ لأن المسلم فيه لا يستحق عليه للحال متى جاز العقد ، فيكون القول قول من يدعي الصحة .

ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه : أن كل واحد منهما بإنكار الأجل ، مدعي للفساد من غير دفع الاستحقاق عن نفسه ، فيكون القول قول من يدعي الجواز ، وإنما قلنا : ذلك ؛ لأن ما يحصل لكل واحد منهما في باب السلم مثل ما يستحق عليه من حيث المعنى في جانب المسلم إليه إن كان يستحق عليه زيادة ؛ لأنه بيع بأقل الثمنين من جانبه ، فهو آجل ، وما يحصل له ، وإن كان ناقصًا ، فهو عاجل ، والعاجل وإن كان قليلًا خير من الآجل ، والزائد خير من الناقص ، فكان في كل واحد من البدلين ضرب نقصان ، ونوع زيادة ، فاستويا ، فالتحق السلم لهذا المعنى بالنكاح ، وبيع العين ، فسقط اعتبار الاستحقاق في كل واحد من الجانبين ، كأنه لا استحقاق أصلًا ، فصار المنكر للأجل مدعيًا للفساد من غير أن يدفع عن نفسه استحقاقًا ، فيكون القول قول من يدعي الصحة ، وهذا بخلاف رب المال إذا ادعى فساد المضاربة ؛ لأنه دافع عن نفسه استحقاق مال ؛ لأن ما يستحق عليه خير مما يحصل له ؛ لأنه يستحق عليه عين

التحالف باختلافهما فيما يوجد به البيع، والبيع يوجد بالمبيع والثمن، لا بالأجل ولا بشرط ملحق به، وإذا كان كذلك، صار تقدير الحديث كأنه قال: إذا اختلف المتبايعان في المبيع، أو في الثمن تحالفا وترادا، ولو نص على هذا لا يجب التحالف في شرط ملحق به، ولا قياسًا، ولا دلالة؛ لأن الشرط الملحق بالعقد دون المبيع والثمن، وأنهما متى اختلفا فيما يوجد العقد بدونه، فوجب أن لا يتحالفان قياسًا على ما لو اختلفا في الأجل والخيار في بيع العين، وإنما قلنا ذلك؛ لأن السلم بدون الأجل يكون منعقدًا، إلا أنه يكون فاسدًا بخلاف ما اختلفا في مقدار المسلم فيه، ورأس المال؛ لأنهما اختلفا فيما هو من صلب العقد الذي لا يوجد العقد بدونه.

هذا إذا لم تقم لأحدهما بينة، وإن قامت لأحدهما بينة، يقضى ببينته إن قامت للمطلوب فلأنه يثبت الزيادة، وإن قامت للطالب، فلأنه يثبت حقًّا، يسقط به الثمن عن نفسه، فتقبل كالمشتري إذا انفرد بإقامة البينة على ألف درهم، وإن أقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة المطلوب؛ لأنه يدعي زيادة الأجل، ففي بينته زيادة إثبات، ولا يقضى بعقدين عندهم جميعًا، عند أبي يوسف رحمه الله تعالى: لا إشكال، وعند محمد لأن الاختلاف في مقدار الأجل لا يجعل العقد عقدين، ولهذا لم يتحالف، بخلاف ما إذا اختلفا في مقدار المسلم فيه، أو في رأس المال؛ لأن ما يدعيه كل واحد منهما من العقد غير ما يدعيه صاحبه، ولهذا تحالفا.

١٢٩٨٠ - وإن اختلفا في المضي، إن لم تقم لأحدهما بينة، فالقول قول المطلوب أنه لم يمض؛ لأن الطالب يدعي توجه المطالبة بعد ما لم يكن متوجهًا، والمطلوب ينكر، فيكون المطلوب متمسكًا بما كان ثابتًا، فيكون القول قوله، وإن قامت لأحدهما بينة، تقبل بينته، وإن قامت للمطلوب، لا شك أنه تقبل؛ لأنه يثبت زيادة أجل ببينته، وإن قامت للطالب، فكذلك تقبل بينته؛ لأنه يدعي إيفاء الأجل، ويوجه المطالبة على المسلم إليه بعد ما لم يكن ثابتًا، فتقبل بينته، وإن أقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة المطلوب؛ لأن بينته تثبت زيادة أجل من حيث المعنى، فكان القول قوله في شيء، والبينة بينته في شيء آخر، وهذا جائز، كما في المودع إذا ادعى الرد، كان القول قوله؛ لأنه منكر للضمان، والبينة بينته؛ لأنه مثبت للرد، كذلك هذا.

١٢٩٨١ - الوجه الرابع: إذا وقع الاختلاف بينهما في قبض رأس المال في المجلس، فأقام رب السلم البينة أنهما تفرقا قبل قبض رأس المال، وأقام المسلم إليه البينة أنه قبض رأس المال قبل الافتراق، فإن كان رأس المال في يد المسلم إليه، فالبينة بينة المسلم إليه، والسلم جائز؛ لأن بينته قامت على إثبات القبض، وبينة رب السلم قامت على النفي، والبينات مقبولة

للإثبات دون النفي.

والثاني: أن بينته تثبت عقداً جائزاً، وبينة رب السلم عقداً فاسداً، ولا يقال بأنه لا يدعي على رب السلم شيئاً إذا كان رأس المال في يده، بل يقر له بكر حنطة، ويريد أن يثبت إقراره لغيره، فكيف تقبل بينته؟

لأنا نقول: موضوع المسألة: أن رب السلم ينكر قبضه في مجلس العقد، ويدعي عليه غصباً بعد التفرق، أو وديعة، حتى يكون مدعياً استحقاق ما في يد المسلم إليه من الدراهم، فيكون القول قول المسلم إليه لإنكاره استحقاق ما في يده، وتقبل بينته أيضاً؛ لأنها قامت على الإثبات، وفي قبولها فائدة، وهو سقوط اليمين، ولو كانت الدراهم في يدي رب السلم، والمسلم إليه يقول: قبضت، ثم غصبت مني بعد ذلك، أو أودعتك، ورب السلم يقول: لم تقبض، وتفرقنا قبل القبض، وأقاما البينة، فالبينة بينة المسلم إليه؛ لأنها قامت على إثبات القبض، واستحقاق ما في يد رب السلم.

ثم ذكر محمد رحمه الله تعالى جواب هذه المسألة: فيما إذا قامت لهما بينة، ولم يذكر الجواب فيما إذا قامت لأحدهما بينة، أو لم تقم لهما بينة أصلاً، ولا بد من معرفته، فنقول: إن قامت لأحدهما بينة على الوجه الذي ذكرنا إن قامت لرب السلم، لا تقبل؛ لأنها قامت على النفي، فلا تقبل، وإن كان لو قبلت، كان في ضمنها استحقاق ما في يد المسلم إليه، كبينة رب الوديعة، لا تقبل على نفي الرد، وإن كان لو قبلت، كان في ذلك إيجاب الضمان، وبينة المسلم إليه تقبل؛ لأنها قامت على الإثبات، وفيها سقوط اليمين عنه، أو استحقاق ما في يد الطالب، وإن كان لم يقم لأحدهما بينة، فهذا على وجهين:

إما أن تكون الدراهم في يد المطلوب، أو في يد الطالب، فإن كان في يد المطلوب إن كان الطالب لا يدعي عليه غصباً، ولا وديعة، وإنما يقول: ما قبضت رأس المال، فإنه لا يمين على واحد منهما؛ لأن اليمين يجب على المنكر، وأحدهما لا يدعي على صاحبه حقاً، أما المطلوب فإنه يقر بالسلم للطالب، وليس يدعي عليه شيئاً، والطالب يكذبه في إقراره، ولا يدعي على المطلوب شيئاً، وإن ادعى الطالب الغصب عنه، أو الوديعة بعد ما أنكر القبض في المجلس، فالقول قول المطلوب؛ لأن المطلوب أقر للطالب بكر حنطة، وكذبه الطالب فيما أقر له، وادعى على المطلوب استحقاق ما في يده من الدراهم، والمطلوب أنكر، فيكون القول قوله مع يمينه، كمن أقر لإنسان بدينار، وكذبه المقر له، وادعى عليه عشرة دراهم، وإن كانت الدراهم في يد رب السلم، فإن كان المطلوب ادعى القبض، ولم يدع على الطالب غصباً ولا وديعة

بعد ذلك، فلا يجب على واحد منهما؛ لأن المطلوب أقر للطالب بالسلم، وكذبه الطالب في الإقرار، ولم يدفع الطالب على المقر شيئًا، ولا المقر على الطالب شيئًا.

١٢٩٨٢ - وإن ادعى المطلوب الغصب والوديعة بعد ما ادعى قبض رأس المال في المجلس، وأنكر الطالب، فمن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال: القول قول المطلوب مع يمينه، فيحلف، ويجوز السلم، ويأخذ رأس المال من رب السلم، وذهبوا في ذلك إلى أن المطلوب ادعى صحة العقد، ورب السلم ادعى فساده، فيكون القول قول من يدعي الصحة، كما لو اختلفا في أصل الأجل، كان القول قول من يدعي الأجل عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه على كل حال، وإذا جعلنا القول قوله مع يمينه، وجوزنا السلم، وأثبتنا له استحقاق ما في يد رب السلم، فيكون الاستحقاق مضافًا إلى إقرار الطالب؛ لأن الطالب يجعل مقرًا بالقبض، ثم ينكر؛ لأن السلم عبارة عن أخذ عاجل بآجل، فيصير مقرًا بتسليم رأس المال، ثم راجعًا بعد ذلك، فيكون الاستحقاق مضافًا إلى إقرار الطالب، لا إلى يمينه، كما في الأجل.

١٢٩٨٣ - وكما لو اختلف الزوجان في النكاح بشهود وبغير شهود، جعل القول قول من يدعي النكاح بشهود، وإن كان يستحق ما يدعيه على صاحبه؛ لأنه يصير مستحقًا بإقراره، لأن الإقرار بالنكاح إقرار بالشهود؛ لأنه لا جواز للنكاح إلا بشهود.

ومنهم من قال: بأن هذا هكذا، إذا قال الطالب للمطلوب لم يقبض مفصولاً، بأن قال: أسلمت إليك، وسكت، ثم قال: إلا أنك لم تقبض، أو قال: أسلمت إليك ولم تقبض، بالعطف، لا بالاستثناء؛ لأنه مع العطف اعتبر مفصولاً، كما في المضاربة إذا قال رب المال: شرطت لك نصف الربح وعشرة، اعتبر هذا مفصولاً، وكما في الطلاق قبل الدخول اعتبر قوله: وطالق ثانيًا مفصولاً، بخلاف الاستثناء، ومتى كانت الحالة هذه، يكون القول قول المطلوب مع يمينه؛ لأن السلم في هذه الحالة عبارة عن التسليم، لا عن العقد، ولهذا قال: أن المطلوب إذا أقر بالسلم، ثم قال: إني لم أقبض مفصولاً، وقال رب السلم: قبضت، كان القول قول رب السلم استحسانًا مع يمينه، قال: لأن المطلوب أقر بالقبض، فإذا صار عبارة عن التسليم، صار رب السلم مقرًا بالقبض، ثم راجعًا عنه، فلا يصدق، وأما إذا قال موصولاً، لم يقبض، والمطلوب يقول: قبضت، يجب أن يكون القول قول الطالب في هذه المسألة، ولا يكون القول قول المطلوب؛ لأن السلم في هذه الحالة جعل عبارة عن العقد، لا عن التسليم، ولهذا صدق المطلوب إذا أقر بالسلم، وأنكر القبض موصولاً، وإذا جعل عبارة عن العقد،

لا عن التسليم، لا يكون الطالب مقرًا بالقبض، ثم منكرًا للقبض بعد الإقرار، ومتى لم يجعل مقرًا بالقبض، متى جعلنا القول قول المطلوب مع يمينه، استحق بيمينه ما لا ادعاه الطالب، واليمين حجة للدفع، لا للاستحقاق لظاهر الحال، بخلاف الأجل؛ لأن السلم لا جواز له بدون الأجل بحال من الأحوال، فإنه متى وقع بغير أجل، لا ينقلب جائزًا بضرب الأجل، فيكون الإقرار بالسلم لا محالة إقرارًا بالأجل، سواء اعتبر عقدًا أم تسليمًا، فأما السلم وهو العقد يجوز من غير قبض رأس المال، وإنما القبض شرط لبقاء العقد على الصحة، فأمكننا أن نجعل السلم عبارة عن العقد، لا عن القبض والتسليم.

١٢٩٨٤ - الوجه الخامس: إذا جاء المسلم إليه بعد ما تفرقا عن المجلس ببعض رأس المال، وقال: وجدته زيوفًا، فإن صدقه بذلك رب السلم، كان له أن يرده على رب السلم، وإن كذبه في ذلك، وأنكر أن تكون من دراهمه، وادعى المسلم إليه أنه من دراهمه، فهذه المسألة على ستة أوجه، أما إن كان المسلم إليه أقر قبل ذلك، فقال: قبضت الجياد، أو قال: قبضت حقي، أو قال: قبضت رأس المال، أو قال: استوفيت الدراهم، وفي هذه الوجوه الأربعة لا يسمع دعواه الزيافة حتى لا يستحلف رب السلم؛ لأنه مناقض في دعوى الزيافة؛ لأنه أقر بقبض الجياد أولاً، أما في قوله: قبضت الجياد فظاهر، وأما في قوله: قبضت رأس المال؛ فلأن حقه الجياد، ورأس المال الجياد، وأما في قوله: استوفيت الدراهم؛ فلأن الاستيفاء عبارة عن تمام الحق، فكأنه قال: استوفيت الدراهم التي هي تمام حقي، وتمام حقه في الجياد.

١٢٩٨٥ - وأما إذا قال: قبضت الدراهم، فالقياس أن يكون القول قول رب السلم؛ لأن المسلم إليه يدعي على رب السلم فسخ القبض ليرجع عليه[1] بالجياد، ورب السلم ينكر، وفي الاستحسان القول قول المسلم إليه؛ لأن المسلم إليه بدعوى الزيافة ينكر قبض حقه، ولم يسبق منه إقرار يناقض دعواه؛ لأنه لم يسبق منه إلا الإقرار بقبض مطلق الدراهم، واسم الدراهم مطلقًا، كما يتناول الجياد يتناول الزيوف، ورب السلم يدعي إيفاء الحق، فيكون القول قول المسلم إليه، وأما إذا قال: قبضت، ولم يقل: قبضت الدراهم، فالقول قول المسلم إليه؛ لأنه لو أقر بقبض الدراهم، ثم قال: وجدته زيوفًا، كان القول قول المسلم إليه، فههنا أولى.

١٢٩٨٦ - وأما إذا قال: وجدتها ستوقة، أو رصاصًا، ففي الوجوه الأربعة لا شك أن لا يقبل قوله، وكذلك في الوجه الخامس، وهو ما إذا قال: قبضت الدراهم؛ لأنه ينكر قبض

(١) وفي النسخة: ليرجع إليه

استوفى عين الحق ، وأما عدم سلامة الكراء ، فلأن المأخوذ صار ملكًا لرب السلم بالأخذ ، فهذا إذا أخذ الكراء من المسلم إليه ، فإنما أخذ الكراء لنقل ملك نفسه ، والإنسان بنقل ملك نفسه لا يستوجب الكراء على غيره ، وإذا لم يسلم له الكراء ، كان له الخيار ، إن شاء أمسك المقبوض ، ورد الكراء ، وإن شاء رد المقبوض مع الكراء ، ليوفيه في المكان المشروط ؛ لأنه إنما رضي بقبضه في غير المكان المشروط بشرط أن يسلم له الكراء ، فإذا لم يسلم له الكراء ، فقد تغير عليه شرط القبض ، فيتخير ، قالوا : وإنما يتخير إذا كان المقبوض قائمًا ، وأما إذا هلك لا خيار له ؛ لأنه إنما يثبت الخيار لينقض قبضه ، وإنما يمكنه نقض قبضه قبل الهلاك ، لا بعد الهلاك ، فإذا شرط رب السلم على المسلم إليه أن يحمل السلم إلى منزله بعد ما أوفى في المكان الذي شرط فيه الإيفاء ، بأن شرط عليه أن يوفيه السلم في درب سمرقند ببخارى ، ثم يحمله إلى منزله بكلاباذ ، فلا خير في السلم على هذا الوجه ؛ لأن بالإيفاء في المكان المشروط بدرب سمرقند يصير المسلم فيه ملكًا لرب السلم ، فإذا شرط عليه الحمل إلى كلاباذ ، صار مستأجرًا له ، أو مستعينًا به ، فيكون إجارة ، أو إعانة مشروطة في عقد السلم ، فيوجب فساد السلم ، كما في بيع العين ، وكما لو اشترى حنطة على أن يطحنها المشتري .

هذا إذا شرط الحمل إلى منزله بعد الإيفاء في المكان المشروط ، فأما إذا شرط الحمل إلى منزله ابتداء قبل اشتراط الإيفاء في محله في المصر ، لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذا الفصل في الكتاب ، وكان الفقيه أبو بكر البلخي يقول بجواز السلم استحسانًا ، وكان يقول : اشتراط الحمل إلى منزله ، واشتراط الإيفاء في منزله [سواء ؛ لأن الإيفاء في منزله ، لا يتصور بدون الحمل إلى منزله ، ولو شرط الإيفاء في منزله][١] ابتداء أليس أنه يجوز السلم استحسانًا ، فكذا إذا شرط الحمل إلى منزله ، وكأنه يقول : إنما يفسد السلم باشتراط الحمل إلى منزله إذا كان اشتراط الحمل إلى منزله بعد اشتراط الإيفاء في مكان ، وإليه مال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى .

وروي عن أبي عبد الله البلخي : أنه كان يقول ، اشتراط الحمل إلى منزله يوجب فساد السلم ، سواء كان ابتداء أو بعد شرط الإيفاء في مكان ، ويروى ذلك عن أصحابنا رحمهم الله تعالى ، فإن ثبتت هذه الرواية عنهم ، فالوجه في ذلك أن الإيفاء مما يقتضيه عقد السلم ، فإنه يجب على المسلم إليه إيفاءه ، واشتراط ما يقتضيه العقد من غير شرط ، لا يوجب الفساد ، فأما لا يقتضي الحمل ؛ لأن على المسلم إليه الإيفاء دون الحمل ، وقد يتصور الإيفاء بدون الحمل ،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وب .

بأن يشتريه ليسلم إليه في المكان المشروط، ويوفيه من غير ثمن، فقد شرط في البيع ما لا يقتضيه، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة، فيوجب الفساد، وهذا كما قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى فيمن اشترى وقر حطب، وشرط الحمل إلى منزله، لم يجز البيع قياساً واستحساناً؛ لأن البيع لا يقتضي الحمل، ولو شرط الإيفاء في منزله، لم يجزه استحساناً؛ لأن البيع يقتضي الإيفاء، كذا ههنا، ولو شرط أن يوفيه إياه في منزله بعدما يوفيه في محلة كذا، بأن قال: على أن توفيني في دار سمرقند، ثم توفيني بعد ذلك في منزلي بكلاباذ، عامة المشايخ رحمهم الله تعالى على أنه لا يجوز قياساً واستحساناً؛ لأن اشتراط الإيفاء في منزله بعد الإيفاء في مكان لا يتصور إلا بالحمل، ولو شرط الحمل بعد الإيفاء، أليس أنه لا يجوز استحساناً وقياساً.

وكان الفقيه أبو بكر محمد بن سلام يقول: يجوز السلم استحساناً؛ لأن شرط الإيفاء ثانياً يفسخ شرط الإيفاء الأول؛ لأن الموفى لا يتصور إيفاؤه ثانياً، وإذا انفسخ الشرط الأول صار كأنه شرط الإيفاء إلى منزله لا غير، وهناك يجوز السلم استحساناً، كذا ههنا.

١٢٩٩٠ - وفي المنتقى: بشر بن الوليد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا شرط في السلم حمله إلى موضع كذا، فهو جائز، وهو قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه من قبل أن الطعام في ملك المسلم إليه، وفي ضمانه حتى يسلمه، بخلاف ما لو شرط الحمل؛ لأن اشتراط الحمل لا يقتضي فسخ شرط الإيفاء؛ لأن الموفى يتصور حمله، وإذا لم ينفسخ الشرط الأول، بقي شرط الحمل شرط إجارة، أو إعانة، فيوجب فساد السلم، ولو شرط أن يوفيه إياه في منزله ابتداء، بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى قالوا: المسألة على القياس والاستحسان، القياس أن لا يجوز، وفي الاستحسان يجوز، قال الحاكم الشهيد: وهذا القياس والاستحسان فيما إذا لم يبين منزله، ولم يعلم المسلم إليه أنه في أي محلة، أما إذا بين، أو علم المسلم إليه ذلك، يجوز قياساً واستحساناً.

نوع آخر
من هذا الفصل في الإقالة والصلح

١٢٩٩١ - يجب أن يعلم بأن الإقالة في السلم جائزة؛ لأن السلم نوع بيع، فيجوز إقالته، كما يجوز إقالة سائر أنواع البيوع، وقد صح أن رسول الله ﷺ قال: «لا تأخذ إلا

سلمك أو رأس مالك»[١]، والمراد أخذ المسلم حال قيامه، ورأس المال بعد انفساخه، فدل الحديث أن السلم قابل للفسخ والإقالة، ولو أقاله في البعض، وأخذ البعض، جاز؛ لأنه لو أقاله في الكل، يجوز، فيجوز في البعض أيضًا اعتبارًا للبعض بالكل.

١٢٩٩٢ - ولو أبرأ رب السلم المسلم إليه من المسلم فيه، يجوز، بخلاف ما لو أبرأ المسلم إليه رب السلم عن رأس المال، حيث لا يجوز، والفرق أن المسلم فيه ليس بمستحق حقًا للشرع، بل هو حق العبد، فيصح الإبراء عنه، أما قبض رأس المال يستحق حقًا للشرع؛ ليخرج العقد من أن يكون دين بدين، فلا يصح الإبراء عنه، ومتى صحت الإقالة يجب على المسلم إليه رد رأس المال على رب السلم، وإن أراد رب السلم أن يستبدل برأس المال شيئًا بعد الإقالة، لم يجز استحسانًا، وبه أخذ علماؤنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، ولقب المسألة أن الاستبدال برأس مال السلم بالإقالة قبل القبض، هل يجوز؟ على قول علمائنا الثلاثة لا يجوز، وهذا استحسان.

والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك»[٢]، ومتى جوزنا الاستبدال برأس المال بعد الإقالة قبل القبض، صار آخذًا غير السلم، وغير رأس المال، والمعنى فيه أن الإقالة في باب السلم قبل قبض رأس المال تمت من وجه من حيث إنها أفادت لرب السلم ملك الرقبة، ولم تتم من وجه من حيث إنها لم تفد لرب السلم ملك التصرف، وملك اليد، وحق رب السلم في المسلم[٣] فيه يثبت بنفس العقد، ويتأكد بتسليم رأس المال، فما لم يقبض رأس المال، يكون حقه في المسلم فيه قائمًا من وجه، وإذا بقي حقه في المسلم فيه[٤] من وجه، فما يأخذ من وجه بدلًا عن رأس المال، وأنه جائز؛ لأنه وجب بسبب فسخ السلم لا بسبب السلم، ويأخذ من وجه بدلًا عن المسلم فيه؛ لأن الإقالة من حيث إنها لم تتم بها كأنها لم توجد؛ لأنه لا حكم لها شرعًا من ذلك الوجه، فيصير مستبدلًا بالمسلم فيه من وجه، وأنه يجوز، وبرأس مال السلم من وجه، وأنه لا يجوز، وقع الشك في الجواز؛ فلا يجوز بالشك والاحتمال، ولأجل ما ذكرنا من المعنى لم يشترط قبض رأس المال في مجلس

---

(١) قد مضى تخريجه.

(٢) قد مضى تخريجه.

(٣) هكذا في م، وكذا في النسخة ط: المسلم إليه.

(٤) هكذا في م، وكذا في النسخ الباقية التي عندنا: المسلم إليه.

الإقالة في باب السلم؛ لأنا اعتبرنا حق المسلم في المسلم فيه من وجه لا يجب قبضه، كما لا يجب قبض المسلم فيه. وإن اعتبرنا حقه في رأس المال، فكذلك لا يجب قبض رأس المال؛ لأنه لم يجب بعقد السلم؛ لأنه وجب بفسخ السلم، وفسخ السلم، لا يكون سلمًا لا في حقهما، ولا في حق الثالث؛ لأن الفسخ حصل قبل قبض المبيع، فيكون فسخًا في حق الكل.

١٢٩٩٣ - قال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع الصغير": رجل أسلم إلى رجل جارية في كر حنطة، وقبضها المسلم إليه، ثم تقايلا، فماتت الجارية في يد المسلم إليه، فعليه قيمتها يوم قبضها، وإن هلكت الجارية أولا، ثم تقايلا جازت الإقالة، وعليه قيمة الجارية.

اعلم بأن في هذا الجنس أربع مسائل: إحداها: بيع العرض بالعرض إذا تبايع الرجلان عرض بعرض وتقابضا[1]، ثم هلك أحد العرضين بعد الإقالة قبل التسليم بحكم الإقالة، تبقى الإقالة على الصحة، ولو تقايلا بعد ما هلك العرضان، فالإقالة باطلة.

١٢٩٩٤ - والثانية: بيع العرض بالدراهم والدنانير إذا تبايع الرجلان عرضًا بدراهم أو دنانير، وتقابضا، ثم تقايلا بعد ما هلكت الدراهم، فالإقالة صحيحة، وكذلك لو تقايلا وهما قائمان، ثم هلك أحدهما قبل التسليم بحكم الإقالة، إن هلك العرض، بطلت الإقالة، وإن هلكت الدراهم، بقيت الإقالة على الصحة بالدراهم وبالدنانير في فصل الإقالة، ثم الفرق بين فصل بيع العرض بالعرض، وبين فصل بيع العرض بالدراهم، أو بالدنانير أن الإقالة صحتها يعتمد قيام العرض من حيث الحكم؛ لأنها رفع للعقد، ورفع العقد إنما يتصور حال قيامه. والبيع قائم في حال بيع العرض بالعرض من حيث الحكم لقيام أحد العرضين؛ لأن قيام العقد قبل هلاك أحدهما، كان بهما لا بأحدهما بعينه؛ لأنه ليس أحدهما بعينه، بأن يضاف قيام العقد إليه حكمًا بأولى من الآخر؛ لأن كل واحد منهما مال حقيقة وحكمًا؛ لأن كل واحد منهما مبيع حقيقة وحكمًا، وكل واحد منهما مثمن من وجه، وثمن من وجه، فلا مزية لأحدهما على الآخر، فكان قيام العقد من حيث الحكم بهما جميعًا، وإذا كان قيام العقد حكمًا لا بأحدهما بعينه، لم يرتفع العقد بهلاك أحدهما على ما عرف أن الثابت بشيئين لا يزول بزوال أحدهما. تبقى العقد لقيام أحدهما، فجازت الإقالة حال قيام أحدهما لقيام العقد بقيام أحدهما، كما جازت حال قيامهما.

فأما بيع العرض بالدراهم أو الدنانير، فقيام العقد حكمًا مضاف إلى المبيع خاصة، لا إلى المبيع والثمن جميعًا؛ لأن للمبيع فضل مزية على الثمن، فإن المبيع مال حقيقة وحكمًا؛

[1] هكذا في النسخ الباقية التي عندنا، وكان في الأصل: تقايلا.

لأنه عين حقيقةً وحكمًا، والثمن دين حقيقةً وحكمًا إن لم يكن مشارًا إليه، وإن كان مشارًا إليه دين حكمًا؛ لأن البيع لا يتعلق بعين المشار إليه، وإنما يتعلق بمثله دينًا في الذمة، ولهذا جاز الاستبدال به قبل القبض، فثبت: أن الدين في الذمة مال حكمًا واعتبارًا، وليس بمال حقيقةً، ولهذا قالوا: بأن البراءة عن الدين يصح من غير قبول، كالطلاق، والعتاق، ويرتد بالرد؛ لأنه مال حكمًا، وهبة العين لا تصح من غير قبول، ولا تتأدى زكاة العين بالدين؛ لأن الدين أنقص من العين، فلم يجز مؤديًا الكامل بالناقص.

وكذلك قالوا: فيمن حلف، فقال: مالي صدقة على المساكين، وله ديون على الناس، لا تدخل تحت مطلق اسم المال من غير نية؛ لأنه ناقص في كونه مالًا، أو إذا كان للثمن ضرب مزية على الثمن لا بد من إظهار مزيته، وقد تعذر إظهار مزية المبيع على الثمن حتى تنعقد البيع؛ لأنه لا بد لانعقاد البيع من ثمن ومثمن، فأظهرنا مزيته في حق البقاء، فجعلنا بقاء العقد مضافًا إلى قيام المبيع حتى يظهر فضل مرتبة على الثمن في حال البقاء لما تعذر إظهار مزيته على الثمن في حق الانعقاد، فجعلنا قيام البيع حكمًا كأنه مضافًا إلى المبيع، لا إلى الثمن، فإذا هلك المبيع، ارتفع البيع، وإن بقيت الدراهم والدنانير.

والدليل على أن بقاء البيع مضاف إلى قيام المبيع، لا إلى الثمن أنا أجمعنا على أنه لو وجد الثمن زيوفًا حال قيام المبيع، فرده أو استحق الثمن، فإنه يرجع بمثله، ولا ينفسخ البيع، ولو كان قيام البيع مضافًا إليه، لكان ينفسخ البيع برده، كما في بيع العرض بالعرض لو استحق أحد العرضين، أو وجد به عيبًا يرده. فإنه ينتقض البيع في الباقي، وفي الثمن بقي البيع على حاله. علمنا أن قيام العقد مضاف إلى المبيع، فإذا هلك ارتفع البيع، فلا يرتفع مرة أخرى بالإقالة.

١٢٩٩٤ - المسألة الثالثة بيع الثمن: إذا تبايعا درهمًا بدرهم، أو دينارًا بدينار، أو دراهم بدنانير، وتقايلا بعد هلاك أحد [البدلين]، أو بعد ما هلك البدلان صحت الإقالة، وفي بيع العرض بالعرض لو تقايلا بعد ما هلك البدلان(١) لا تصح الإقالة، والفرق وهو أن في باب الصرف لو تقايلا قبل هلاك البدلين صحت الإقالة، وتعلقت الإقالة بمثل الدراهم والدنانير التي قبضا دينًا في الذمة، لا بأعيانهما حتى كان لكل واحد منهما أن يرد مثل ما قبض، ولا يلزمه رد ما قبض بعينه، وهذا لأن الفسخ معتبر بالعقد، والعقد لا يتعلق بأعيانهما، وإن أشير إليهما عندنا، فكذا الإقالة لا تتعلق بأعيانهما، ولو كانا قائمين، جاز

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبت هذه العبارة من نسختي: ظ، ز، م.

هلاكهما كقيامهما، بخلاف بيع العرض بالعرض؛ لأنهما متى كانا قائمين يتعلق الإقالة بأعيانهما، فمتى كانا هالكين، لم يبقَ شيء من المعقود عليه [ولا بد لقيام العقد من قيام المعقود عليه.

فإن قيل: في باب الصرف لم يبقَ شيء من المعقود عليه][1] لما هلك البدلان؛ لأن كل واحد من البدلين وجب في الذمة، وقد سقط ذلك بالقضاء، فالإقالة لم تصادف معقودًا عليه؛ فيجب أن لا تصح الإقالة؟

والجواب عنه: أن الدين مما لا يسقط بالقضاء، ألا ترى أن البائع إذا حط عن المشتري بعض الثمن بعد ما قبض الثمن، صح الحط لإسقاط بعض الثمن، ولو كان الثمن لا يسقط بالقبض، كان لا يصح الحط، كما لو حصل الحط بعد الإبراء، وإذا كان كذلك فالدين الواجب في الذمة مما لا يسقط بالقضاء، إلا أن الطالب لا يطالب الغريم بعد القضاء؛ لأن المطالبة لا تفيد، فإنه لو طالبه الطالب بما بقي في ذمته، طالبه الغريم بما وجب له في ذمة الطالب؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، لا بأعيانها، وإذا كان كذلك فما هو المعقود عليه، وهو الدين قائم في ذمة كل واحد منهما، فصحت الإقالة باعتبار ما بقي في ذمتهما، كما صح العقد باعتبار ما يجب في ذمتهما.

١٢٩٩٦ - المسألة الرابعة: إذا كان رأس المال عرضًا، وهلك العرض، ثم تقايلا السلم، صحت الإقالة لقيام المسلم فيه، وكان قيام السلم مضافًا إلى قيام المسلم فيه دينًا، وإن كان المسلم فيه دينارًا، أو رأس المال إذا كان عرضًا، كان عينًا حقيقةً وحكمًا، وفرق بين فصل السلم وبين بيع العرض بالدراهم، والفرق أن في بيع العرض بالدراهم المبيع مال حقيقةً وحكمًا؛ لأنه عين حقيقةً وحكمًا، والثمن دين حقيقةً وحكمًا، أو حكمًا لا حقيقةً، فكان للمبيع ضرب مزية على الثمن، والتقريب ما مر. فأما المسلم فيه إن كان دينًا حقيقةً، فهو عين حكمًا؛ لأنه مبيع، ولهذا لم يجز الاستبدال به قبل القبض، والمبيع ما يكون عينًا، وكان له حكم العين، ورأس المال إن كان عينًا حقيقةً، فهو دين حكمًا حتى لو افترقا قبل قبض رأس المال، بطل السلم.

وإن كان رأس المال عينًا، وجعل كأن الافتراق حصل عن دين بدين، فاستويا، فصار قيام العقد مضافًا إليهما، كما في بيع العرض بالعرض، لا إلى أحدهما بعينه، وإذا قبض رب السلم رأس المال، وتقايلا السلم، ثم اختلفا في مقدار رأس المال، فقال المسلم إليه: [كان

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

وفيه أيضاً: وقال أبو نصر فيمن أسلم دراهم في شيء، ثم إن رب السلم وهب ذلك الشيء للمسلم إليه إن قبل المسلم إليه، فعليه أن يرد رأس المال، وقال أبو بكر: ليس عليه الرد، وهبته براءة من ذلك.

١٢٢٩٩ - وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمه الله تعالى: رجل أسلم إلى رجل ثوباً في كر حنطة، ودفعه إليه، ثم نقض السلم، فله أن يبيع الثوب منه قبل أن يقبضه، ولا يشبه العرض في هذه الدراهم، وهكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، إلا أن فيما روى عن أبي يوسف زوائد: أحدها: أنه لو باعه من غير المسلم فيه قبل القبض لا يجوز.

الثاني: أنه إذا لم يكن مستهلكاً لم يكن له أن يشتري منه بقيمته شيئاً قبل أن يقبضه، وهو بمنزلة رأس المال إذا كان دراهم.

١٢٣٠٠ - وفي «نوادر إبراهيم بن رستم» عن محمد رحمه الله تعالى: رجل أسلم إلى رجل عشرة دراهم في كر حنطة، وله عليه أيضاً كر إلى سنة، فأقاله المسلم على أن يعجل له الكر النسيئة، قال: الإقالة جائزة، والكر إلى أجله إذا كان السلم فيه حنطة، ورأس المال مائة درهم، فصالحه على أن يرد عليه مائتي درهم، أو مائة درهم وخمسين درهماً، كان باطلاً؛ لأن الصلح عن السلم متى كان غير مضاف إلى رأس المال بيع المسلم فيه، وههنا الصلح غير مضاف إلى رأس المال، فإنه لم يقل: مئة وخمسين من رأس مالك، وبيع المسلم فيه قبل القبض لا يجوز، فأما إذا قال: صالحتك عن السلم على مائة من رأس مالك، كان جائزاً، وكذلك إذا قال: على خمسين من رأس مالك، كان جائزاً؛ لأن الصلح على رأس المال في باب السلم إقالة، وإقالة السلم قبل القبض جائزة وإن كان لا يجوز بيعه.

بعد هذا اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في قوله: صالحتك من السلم على خمسين درهماً من رأس مالك أن يصير إقالة في جميع السلم، أو في نصف السلم.

وإن قال: صالحتك من السلم على مائتي درهم من رأس المال، لا يجوز يريد بقوله: لا يجوز الزيادة؛ لأن الإقالة في باب السلم [على أكثر من رأس المال لا تجوز عندهم جميعاً إلا أنه لا تجوز الزيادة(1)، وتقع الإقالة في باب السلم](2) بقدر رأس المال، كما في بيع المقبوض، لو تقايلا على أكثر من الثمن الأول قبل القبض، تصح الإقالة بمثل الثمن، ولا تثبت الزيادة.

(1) وفي م: لا تثبت الزيادة.

(2) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب.

هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه، وأشار شمس الأئمة السرخسي في "شرحه": أنه تبطل الإقالة في هذا الوجه أصلاً، عنه الجملة من كتاب الصلح.

١٣٠٠١- وفي بيوع "الأصل": إذا صالح أحد ربي السلم مع المسلم إليه على حصة من رأس المال، فالصلح موقوف عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى على إجازة الآخر، فإن أجازه جاز، وكان المقبوض من رأس المال مشتركًا بينهما، وما بقي من الطعام مشتركًا بينهما، وإن رد بطل الصلح، وبقي حق كل واحد قبل المسلم إليه في الطعام، وهذا إذا أسلم عشرة دراهم مشتركة بينهما إلى رجل في كر من طعام، فإن لم تكن العشرة مشتركة بينهما، لكن أسلما عشرة دراهم، ثم نقد كل واحد منهما خمسة، لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذا في البيوع، وذكر بعض المشايخ في شرح البيوع أنه يجوز هذا الصلح في حصة المصالح بالإجماع، وبعضهم قالوا: هذا ليس بصحيح، فقد ذكر في صلح "الأصل" هذا الفصل، وذكر فيه قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه على حسب ما ذكر في الفصل الأول، ولم يذكر في شيء من الكتب ما إذا قال أحد ربي السلم عقد السلم بحصته، وقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه على نحو ما ذكرنا في الفصل المتقدم، ومسائل الصلح في هذا الباب كثيرة، سيأتي بيانها في كتاب الصلح -إن شاء الله تعالى-.

نوع آخر
في وجود العيب فيه، وخيار الرؤية فيه:

١٣٠٠٢- قال هشام في "نوادره": سألت أبا يوسف رحمه الله تعالى عن رجل أسلم عشرة دراهم في ثوب، فأخذه، وقطعه، ثم وجد به عيبًا، قال: ليس له أن يرجع بنقصان العيب، قلت: لم قال ما تقول في رجل له على رجل طعام، فقبضه دون طعامه، فأكله ثم علم بذلك، له أن يرجع بنقصانه، وعنه أيضًا قال: سألت محمدًا رحمه الله تعالى عن رجل أسلم إلى رجل درهمين، أحدهما في الحنطة، والآخر في الأرز، ودفعهما إليه، ثم وجد أحدهما ستوقًا، قال: إن كان دفعهما إليه معًا، فسد نصف الحنطة ونصف الأرز، إن كان دفع إليه كل درهم على حدة، فإن أقاما البينة، فالبينة بينة الذي أسلم إليه، وإن لم تقم لهما بينة تحالفا، وفسد السلم كله.

١٣٠٠٣- وعن إبراهيم بن رستم عن محمد رحمه الله تعالى قال: رجل أسلم إلى رجل خمسة دراهم في خمسة أقفزة حنطة وخمسة دراهم في خمسة أقفزة شعير خمسة للحنطة على

حنطة، وخمسة للشعير على حدة، فأصاب درهمًا ستوقًا، يعني بعد ما تفرقا، فقال: رب السلم هو من الحنطة، وقال المسلم إليه هو من الشعير، فالقول قول رب السلم، وإن تصادقا أنهما لا يعلمان من أيهما، قال: يرد المسلم إليه درهمًا آخر على رب السلم، وينقض من كل واحد منهما خمسة.

١٣٠٠٤ - روى بشر بن الوليد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: في رجل أسلم إلى رجل عشرة دراهم في كر حنطة، وخمسة دراهم في كر شعير، فأعطاه عشرة للحنطة، ثم أعطاه خمسة للشعير، ثم وجد درهمًا ستوقًا بعد ما تفرقا، فقال المسلم إليه هو من دراهم الحنطة، وقال رب السلم: وإن لم يكن أقر بالاستيفاء، فالقول قوله، فإن تصادق أنهما لا يدريان من أيهما هو قال: يكون نصفه من العشرة ونصفه من الخمسة، فينتقض عشر الحنطة ونصف عشر الشعير؛ لأنه في حصة الحنطة لم يوجد قبض عشر رأس المال، وفي حصة الشعير، لم يوجد قبض نصف عشر رأس المال، وإن كان أعطاه خمسة عشر في صفقة واحدة، فإنه ينتقض ثلثا عشر الحنطة، وثلث خمس الشعير.

١٣٠٠٥ - وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى: رجل أسلم إلى رجل عبدًا في كر حنطة وبجارية للمسلم إليه، ودفع إليه عبده، وقبض الجارية من غير رؤية، ثم نظر إليها، فردها بخيار الرؤية، فإن ذلك جائز، ويرجع إليه من عبده بحصة الجارية، ويجوز منه حصة الكر السلم

١٣٠٠٦ - وفي "المنتقى": رجل أسلم إلى رجل عشرة دراهم في ثوب موصوف مسمى، ودفع رب السلم الدراهم، وقبض الثوب، فوجد به عيبًا، ثم حدث عند القابض عيب، قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: لا يرجع بالنقصان؛ لأنه لا يأخذ ثوبه، ويعطي رأس ماله؛ لأنه يكون اعتياضا عن الجودة، وإنه ربا، وقال محمد رحمه الله تعالى: أما ما لم يقبض، فهو سلم، فلا يجوز أن يأخذ الثوب ودراهم العيب.

وأما إذا قبضه، فهو الثوب الذي وقع عليه البيع، فصار بمنزلة البيع إن وجد به عيبًا رده، وإن حدث عنده عيب آخر، ولم يستطع رده، رجع بنقصان العيب الذي وجده، وكذلك لو كان كر حنطة مكان الثوب، ألا ترى أنه يبيعه مرابحة [على ما أسلم فيه، ولو لم يجعله بيعًا حتى قبضه، وجعله دينًا اقتضاه ما كان له أن يبيعه مرابحة][1] قال ثمه: وينبغي له في قياس قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أن يرد قيمة الثوب معيبًا، ويرجع بسلمه من الثوب، ويرد مثل

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

الكر معيباً، ويرجع بسلمه في الكر، كما قال في ألف اقتضاها، وعلم بعد ما أنفقها أنها كانت زيوفاً. وسيأتي بعض مسائل هذا الفصل في الوكالة [نوع آخر من هذا الفصل في الوكالة][1]
إذا وكل الرجل غيره أن يسلم له عشرة دراهم في كر حنطة، كان التوكيل صحيحاً؛ لأنه وكله بما يملكه بنفسه، وتجري فيه النيابة، والتوكيل بمثله صحيح كالتوكيل بشراء العين، وكالتوكيل بالبيع، بيانه: أن الحال لا يخلو إما أن يكون رأس المال عيناً أو ديناً، فإن كان عيناً، فقد أمره بالتصرف في عين مملوك له من حيث الإزالة عن ملكه إلى غيره بعوض يحصل له، وهو يملك ذلك بنفسه، فيملك الأمر به، وإن كان رأس المال ديناً، بأن كان دراهم، فقد أمره بإيجاب رأس المال في ذمته، ورب السلم يملك إيجاب رأس المال ديناً في ذمته؛ لأن ذمته ملكه، فيملك الأمر به، كما لو وكله بالشراء.

١٣٠٠٧ - فرق بين هذا وبين ما إذا وكل رجلاً بقبول السلم، بأن قال: خذ لي عشرة دراهم في طعام مسمى، فإن التوكيل لا يصح حتى إذا قبل الوكيل السلم، يصير قابلاً لنفسه حتى يكون رأس المال له، وله منعه من الموكل؛ لأن التوكيل بقبول السلم توكيل بما لا يملك الموكل بنفسه [بمقتضى الأصل؛ لأن قبول السلم بيع ما ليس عنده وبيع ما ليس عند الإنسان مما لا يملكه الموكل بنفسه][2]، وكان القياس أن لا يجوز لو قبل الموكل بنفسه، كما في بيع العين إذا باع ما لا يملك، لكن عرفنا ذلك بالنص، فإن النبي ﷺ رخص في السلم، والرخصة وردت في بيع ما ليس عنده، لا في الأمر ببيع ما ليس عنده، ففي الأمر ببيع ما ليس عنده تكون العبرة للقياس، والقياس يأبى جواز الأمر ببيع ما ليس عنده بخلاف التوكيل بالشراء حيث يصح، وإن لم يكن الثمن في ملكه؛ لأن الشراء بما ليس عند الإنسان جائز على موافقة القياس، فكان الأمر به جائزاً على موافقة القياس أيضاً.

وإذا ثبت أن التوكيل بالثمن جائز، فالوكيل هو الذي يطالب بتسليم المسلم فيه عند محل الأجل، وهو الذي يسلم رأس المال؛ لأنه هو العاقد، وحقوق العقد ترجع إلى العاقد عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، ثم إن كان الوكيل نقد دراهم الموكل أخذ المسلم فيه، ودفعه إلى الموكل، وإن كان نقد دراهم نفسه، ولم يدفع إليه الذي وكله شيئاً، يرجع بما نقد على الموكل، وكان القياس ينبغي أن لا يرجع؛ لأنه أمره بالسلم، أما ما أمره بالنقد، قلنا.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

الوكيل مضطر في هذا النقد؛ لأن حقوق العقد على الوكيل، وإنما يبقى قبض[1] المسلم فيه حقًا له إذا نقد رأس المال، فأما إذا لم ينقد، لا يبقى حقًا له؛ لأن السلم يفسد حينئذ، وكان مضطرًا في هذا النقد لإحياء حق نفسه [ومن قضى دين][2] غيره مضطرًا كان له الرجوع بما قضى للمقضي.

١٢٠٠٨ - وإذا عقد الوكيل السلم، ثم أمر الموكل بأداء رأس المال، وذهب الوكيل، فقد بطل السلم، وكذلك لو كان الذي عليه السلم وكل رجلاً بقبض رأس المال، وذهب عن المجلس قبل أن يقبض الوكيل رأس المال، بطل السلم؛ لأن الشرط قبض رأس المال قبل افتراق العاقدين عن مجلس العقد، ولم يوجد. وإذا خالف الوكيل بالسلم، فأسلم في غير ما أمره الموكل بالسلم فيه، كان للموكل أن يضمن الوكيل دراهمه، وإن شاء ضمن المسلم إليه؛ لأن الوكيل لما خالف، نفذ العقد على الوكيل؛ لأن الوكيل بالسلم وكيل بشراء العين، والوكيل بشراء العين إذا خالف، نفذ العقد عليه، فكذا هذا، وإذا نفذ العقد على الوكيل، صار الوكيل قاضيًا دين نفسه من دراهم الموكل، فصار غاصبًا، وصار المسلم إليه غاصب الغاصب، فإن ضمن الوكيل بقي السلم صحيحًا على الوكيل، وطريق بقائه صحيحًا أن يضمن الوكيل، وإن بطل ذلك التسليم، فقد وجد تسليم آخر في ذلك المجلس من حيث الحكم والاعتبار؛ لأن الدراهم في يد المسلم إليه، وأنها مضمونة على المسلم إليه نفسه، فينوب قبضه عن قبض السلم، فكأنه وجد تسليم آخر من حيث الحكم بعد ما بطل الأول في المجلس، ألا ترى أن قبض الغصب ينوب عن قبض الشراء، كذا ههنا.

وإن ضمن المسلم إليه، إن ضمنه وهما في المجلس، يعني الوكيل والمسلم إليه، ونقد الوكيل دراهم أخرى، فالسلم جائز؛ لأنه لما ضمن المسلم إليه، فقد انتقض قبضه، وصار كأنه لم يقبض رأس المال في أول المجلس، وقبضه في آخر المجلس، وإن ضمنه بعد ما تفرقا عن المجلس، فإن السلم يبطل؛ لأن القبض[3] قد انتقض، فصار كأنه لم يقبض رأس المال أصلاً حتى تفرقا عن المجلس.

(١) وفي "ظ": بعض.

(٢) هكذا في النسخ الخطية التي عندنا، وكان في الأصل: وقد قضى حق.

(٣) وفي "م": لأنه قبضه.

١٣٠٠٩ - وإذا دفع رجل إلى رجل دراهم ليسلمها له في الحنطة[1]، ثم الوكيل أسلمها إلى رجل، فهذه المسألة على وجوه: إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر، فالعقد للآمر، وإن نواه لنفسه، وإن عقد العقد بدراهم مطلقة، فإن تصادقا على أنه نواه للآمر، فهو للآمر، وإن نقد دراهم نفسه بعد ذلك، وإن تصادقا أنه نواه لنفسه، فهو لنفسه، وإن نقد دراهم الآمر بعد ذلك، وهذا لأن الوكيل بالسلم لا يصير محجوراً عن السلم لنفسه؛ ولأنه وكيل بشراء شيء بغير عينه، والوكيل بشراء شيء بغير عينه لا يصير محجوراً عن الشراء لنفسه؛ لأن ما هو مقصود الآمر من الأمر لا يفوت؛ لأن مقصود الآمر تحصيل ما سمى، ويمكن تحصيل ما سمى الآمر إن لم يصر الوكيل محجوراً عن الشراء لنفسه [إذا كان ما سمى الموكل بغير عينه، وإذا لم يصر محجوراً عن الشراء لنفسه][2] ملك الشراء لنفسه وللآمر، فأي ذلك نوى، فقد نوى ما يملكه، فصحت نيته، وإذا ثبت نيته بتصادقهما، وأما إذا تكاذبا في النية، فقال الموكل: نويت لي، وقال الوكيل: نويت لنفسي يحكم النقد إن نقد الوكيل من مال نفسه، كان المسلم للوكيل، وإن نقد من مال الموكل، كان المسلم للموكل، هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى في «الأصل».

بعض مشايخنا قالوا: ما ذكر محمد قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وأما في قول محمد، فالسلم يقع للوكيل، ولا يحكم النقد، كما لو كانا تصادقا أنه لم يحضر نية؛ لأنه جعل الوكيل عاملا لنفسه في الحالين جميعاً، وبعضهم قالوا: لا، بل المذكور في الكتاب قولهم يحكم النقد حالة التكاذب بلا خلاف، فعلى قول هذا القائل: يحتاج محمد رحمه الله تعالى إلى الفرق بين حالة التكاذب وبين ما إذا تصادقا أنه لم تحضره النية، وهو الأصح.

والفرق أن في حالة التكاذب استويا في الدعوى والإنكار، الوكيل ادعى لنفسه، والموكل أنكر ذلك، والموكل ادعى أنه نواه له، وأنكر الوكيل ذلك، فقد استويا في الدعوى والإنكار [وفي مثل هذا يحكم][3] الحال، كما في مسألة الطاحونة، وأما في حالة التصادق لم يوجد منهما الدعوى والإنكار، فلم يجب تحكيم الحال، وجعلنا السلم واقعاً للوكيل؛ لأن الأصل في عمل المرء أن يكون له، إلا إذا نص بخلافه، وأما إذا تصادقا أنه لم تحضره النية، فقد اختلف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فيما بينهما، قال محمد: لا يحكم النقد،

---

(١) وفي م: في الحنطة، فناول الوكيل رجلا، وأسلم إليه، فهذه المسألة.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

(٣) هكذا في نسخ التي عندنا جميعا، وكان في الأصل: فلم يجب تحكيم.

ويجعل المسلم واقعا للموكل؛ لأن الأصل في تصرف الآخر أن يكون له إلا إذا نص على خلافه، ولم ينص، فوقع العقد للوكيل، وبعد ما وقع للوكيل لا ينتقل إلى الموكل بالنقد من ماله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يحكم في هذا النقد؛ لأن هذا العقد صالح لكل واحد منهما، لما ذكرنا أن الوكيل يملك مباشرة هذا العقد بنفسه، كما يملك مباشرته لغيره، وهو الموكل، فيحكم النقد إذا عدمت النية؛ حملاً لأمره على الصلاح، حتى لا يصير غاصبا دراهم الآمر متى عقد لنفسه. والله أعلم.

نوع آخر
من هذا الفصل في المتفرقات

١٢٣١٠ - إذا أسلم في القطن، لا يعطى فيه الوزن كما في البيع، اتفق عليه مشايخ زماننا رحمهم الله تعالى؛ لأن الوزن في البيع أمر عرفي، ولا عرف في السلم.

١٢٣١١ - بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في «الإملاء»: رجل أسلم إلى رجل عبداً في كر حنطة، ودفع إليه العبد، ثم إن المسلم إليه باع العبد من رجل، وسلمه إلى المشتري، ثم إن المشتري وجد بالعبد عيباً، ورده على المسلم إليه بغير حكم، ثم إن رب السلم مع المسلم إليه أرادا أن يتقايلا السلم.

فالمسألة على وجهين: إن قال رب السلم للمسلم إليه: رد علي العبد، وبرئت من السلم، أو قال: أبرأتك من السلم بهذا العبد، أو قال: أقلني السلم بهذا العبد، فهذا كله باطل، وهذا كرجل [قال لغيره]: بعني ما لك علي من السلم بكذا، وإن [كان] قال: أقلني السلم، ولم يذكر العبد، أو قال: أبرأني من السلم وخذ رأس مالك، ولم يذكر العبد، فهو جائز، وقد انتقض السلم، وله قيمة العبد رأس ماله.

١٢٣١٢ - وفي «فتاوى أبي الليث»: رجل باع من آخر عبداً بثوب موصوف في الذمة، إن ضرب للثوب في الذمة أجلاً جاز، وإن لم يضرب الأجل، لا يجوز؛ لأن الثوب لا يجب في الذمة إلا سلماً، ولا سلم بدون الأجل. وإن افترقا قبل قبض العبد، لا يبطل العقد؛ لأن هذا العقد اعتبر سلما في حق الثوب بيعاً في حق العبد، ويجوز أن يعتبر في عقد واحد حكم عقدين، كما في الهبة بشرط العوض، وكما في قوله: إن أديت إلي ألفاً فأنت حر، اعتبر فيه حكم اليمين، وحكم المعاوضة. والله أعلم.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من م و ب.

الفصل الثالث والعشرون
في القروض

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع منه في بيان ما يجوز استقراضه وما لا يجوز

١٣٠١٣ - كل شيء يكال أو يوزن، نحو الحنطة والشعير والسمسم والتمر والزبيب يجوز استقراضه، والأصل فيه أن ما هو من ذوات الأمثال، ويكون مضمونًا على الغاصب والمستهلك بالمثل، جاز استقراضه؛ لأن المقبوض بحكم القرض مضمون بالمثل من غير زيادة ولا نقصان، فما يكون من ذوات الأمثال، نحو المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة، يمكن اعتبار المماثلة المشروطة في القرض فيه، فيجوز استقراضه، وما لا يكون من ذوات الأمثال، نحو الحيوان واللآلي والجواهر والأكارع والرؤوس، لا يجوز استقراضه؛ لأن طريقة معرفة القيمة الحزر، وبه لا يثبت المماثلة المعتبرة في القرض، وهي المماثلة من غير زيادة ولا نقصان، كما لا تثبت به المماثلة المشروطة في أموال الربا.

١٣٠١٤ - واستقراض الثياب لا يجوز؛ لأنها ليست من ذوات الأمثال حقيقة، وإنما صارت من ذوات الأمثال شرعًا في باب السلم، حتى جاز السلم فيها بشرط مخصوص، وهو الأجل، والأجل لا يثبت في القرض، فلم يكن من ذوات الأمثال في القرض، لا حقيقةً ولا شرعًا، وقال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: لا يجوز القرض في الخبز ولا استقراضه لا عددًا، ولا وزنًا، وهذا على أصله مستقيم؛ لأن عنده لم يجز السلم في الخبز لمكان التفاوت فأولى أن لا يجوز القرض؛ لأن باب القرض أضيق من باب السلم، ألا ترى أنه لا يجوز القرض في الثياب، ويجوز السلم في الثياب، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى في رواية: مثل قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه.

وعن ابن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال: لا بأس به وزنًا، قال ابن أبي مالك: سألت أبا يوسف عن استقراض الخبز مرة، فقال: لا بأس به، وعليه تعامل الناس جارية. قال ابن أبي مالك: وهذا قوله المعروف، وذكر في بعض المواضع عن محمد رحمه الله تعالى أنه يجوز عددًا، ولا يجوز وزنًا، قال: لأن العادة جرت باستقراضه عددًا لا وزنًا، والقياس يترك بالعادة، وذكر في المنتقى عن محمد رحمه الله تعالى أنه يجوز قرض الخبز

فقد أسقط محمد رحمه الله تعالى اعتبار الفضة في الفروس[1] إذا كانت مغلوبة، ولم يسقط اعتبارها في حق البيع، حتى قال: لا يجوز بيعها بالفضة الخالصة إلا على سبيل الاعتبار، إنما فعل هكذا؛ لأن القرض أسرع جوازاً من البيع؛ لأن القرض مبادلة صورة تبرع حكماً؛ لأن رد المثل في القرض أقيم مقام رد العين حكماً، والربا إنما يتحقق في البيع دون التبرع، فاعتبرت الفضة المغلوبة في البيع، ولم تعتبر في القرض.

هذا، وإن كانت الدراهم ثلثاها فضة، وثلثها صفراً، لا يجوز استقراضها إلا وزناً، وإن تعامل الناس التبايع بها عدداً؛ لأن الفضة إذا كانت غالبة تنزله ما لو كان الكل فضة، ولكنها زيف، ولو كان كذلك لم استقرضه إلا وزناً، وإن تعامل الناس بها عدداً، فهنا كذلك، وإن كانت الدراهم نصفها فضة، ونصفها صفراً، لم يجز اعتبار استقراضها إلا وزناً؛ لأنه لم يسقط اعتبار واحد منهما؛ لأن إسقاط اعتبار واحد منهما حال كونه مغلوباً، ولم يوجد، فوجب اعتبارهما، وإذا وجب اعتبارهما، لم يجز الاستقراض في حق الفضة إلا وزناً، فإذا تركوا ذلك بطل الاستقراض في حق الفضة، فبطل في الصفر ضرورة، ويجوز استقراض الحنطة وزناً؛ لأن الناس تعارفوا وزناً.

نوع آخر منه:

١٢٠١٩ - قال محمد رحمه الله تعالى في كتاب الصرف: إن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه كان يكره كل قرض جر منفعة، قال الكرخي: هذا إذا كانت المنفعة مشروطة في العقد، بأن أقرض غلة ليرد عليه صحاحاً، أو ما أشبه ذلك؛ فإن لم تكن المنفعة مشروطة في العقد، فأعطاه المستقرض أجود مما عليه، فلا بأس به، وكذلك إذا أقرض الرجل رجلاً دراهم، أو دنانير ليشتري المستقرض من المقرض متاعاً بثمن غال [فهو مكروه، وإن لم يكن شراء المتاع مشروطاً في القرض، ولكن المستقرض اشترى من المقرض بعد القرض متاعاً بثمن غال][2]، فعلى قول الكرخي لا بأس به، وذكر الخصاف في كتابه، وقال: لا أحب له ذلك، وذكر شمس الأئمة الحلواني أنه حرام؛ لأن هذا قرض جر منفعة؛ لأنه يقول: لو لم أشتره منه طالبني بالقرض في الحال، وذكر محمد رحمه الله تعالى في كتاب الصرف أن السلف كانوا

---

(١) وفي م: القرض.

(٢) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ و ب.

يكرهون ذلك، إلا أن الخصاف لم يذكر الكراهة، إنما قال: لا أحب له ذلك، فهو قريب[1] من الكراهة، إلا أنه دون الكراهة، ومحمد رحمه الله تعالى لم ير بذلك بأسًا، فإنه قال في كتاب الصرف: المستقرض إذا أهدى من أقرضه شيئًا، لا بأس به من غير فصل، وفيه دليل على أنه رخص قول السلف.

قال شيخ الإسلام خواهر زاده: ما نقل عن السلف محمول على ما إذا كانت المنفعة وهي نحو المتاع بأن كان مشروطة في الاستقراض، وذلك مكروه بلا خلاف، وما ذكر محمد رحمه الله تعالى محمول على ما إذا لم تكن المنفعة وهي الهدية مشروطة في القرض، وذلك لا يكره بلا خلاف.

١٣٠٢٠ - هذا إذا تقدم الإقراض على البيع، فأما إذا تقدم البيع على الإقراض، وصورة ذلك: رجل طلب من رجل أن يعطيه مائة دينار، فباع المطلوب منه الطالب من الطالب ثوبًا قيمته عشرون دينارًا بأربعين دينارًا، ثم أقرضه ستين دينارًا حتى صار للمقرض على المستقرض مائة دينار، وحصل المستقرض على ثمانين دينارًا، ذكر الخصاف أن هذا جائز، وهكذا علمه محمد بن سلمة إمام بلخ رحمه الله تعالى، فإنه روي أنه كانت له صنائع، وكان إذا استقرض إنسان منه شيئًا كان يبيعه ثوبًا لا يساوي ثمنًا غاليًا، ثم يقرضه بعد الدنانير إلى تمام حاجته، وكثير من المشايخ كانوا يكرهون ذلك، وكانوا يقولون: هذا قرض جر منفعة [فإنه لولا ذلك القرض، كان لا يتحمل المستقرض غلاء ثمن الثوب، فكان قرضًا جر منفعة][2]

١٣٠٢١ - ومن المشايخ رحمهم الله تعالى من قال: إن كانا في مجلس واحد يكره، وإن كانا في مجلسين مختلفين، لا بأس به؛ لأن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة، فكأنهما وجدا معًا، فكانت المنفعة مشروطة في المستقرض، وكان الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني يفتي بقول الخصاف، وبقول محمد بن سلمة رحمهما الله تعالى، وكان يقول: ليس هذا بقرض جر منفعة، بل هذا بيع جر منفعة، وهو القرض، وأما هدية المستقرض إن كانت الهدية مشروطة في الاستقراض، فهي حرام، ولا ينبغي للمقرض أن يقبل، فإذا لم تكن الهدية مشروطة في الاستقراض، وعلم أنه أهدى إليه، لا لأجل الدين [فإنه يقبل، وإذا لم تكن مشروطة في الاستقراض، ولم يعلم أنه أهدى لأجل الدين][3] أو لا لأجل الدين، ذكر

(١) هكذا في م، وكان في النسخ الخطية: فهو قريب من الكراهة لكنه دون الكراهة.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة م.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسختين م و ف.

شيخ الإسلام أنه لا بأس بقبولها ، والتورع عنه أولى ، وهكذا حكي عن بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى ، بعد هذا قالوا . هذا إذا كانت المهاداة تجري بينهما قبل القرض بسبب القرابة أو الصداقة . أو كان المستقرض معروفًا بالجود والسخاء ، فهذا قائم مقام العلم أنه أعطاه لا لأجل الدين ، فلا يتورع عنه ، وإن لم يكن شيء من ذلك ، فالحال حال الإشكال ، فيتورع عنه ، حتى يتبين أنه أهدى لا لأجل الدين ، ومن قال . بالكراهة في مسألة البيع إذا تقدم القرض على البيع ، يقول : بالكراهة ههنا أيضًا ، ومحمد لم ير به بأسًا من غير تفصيل.

١٣٠٢٢ - وأما دعوة المستقرض ، قال محمد رحمه الله تعالى : ولا بأس بأن يجيب دعوة رجل له عليه دين ، قال شيخ الإسلام : هذا جواب الحكم ، فأما الأفضل أن يتورع عن الإجابة إذا علم أنه لأجل الدين ، أو أشكل عليه الحال ، قال شمس الأئمة الحلواني : ما ذكر محمد رحمه الله تعالى محمول على ما إذا كان يدعوه قبل الإقراض ، أما إذا كان لا يدعوه قبل الإقراض ، أو كان يدعوه قبل الإقراض في كل عشرين يومًا ، وبعد الإقراض جعل يدعوه في كل عشرة أيام ، أو زاد في الساعات ، فإنه لا يحل ، ويكون خبيثًا ، وإذا رجح في بدل القرض ، ولم يكن الرجحان مشروطًا في القرض ، فلا بأس به .

١٣٠٢٣ - روي أن رسول الله ﷺ استقرض من رجل دراهم ، وأرجح[1] ، وقال : أنا كذلك نزني ، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى . والرجحان على ضربين . إن كان يدخل تحت الوزن ، لا بأس به ، وإن كان لا يدخل تحت الوزن ، فهو ثلاثة أقسام : إما إن كانت الدراهم مكسورة ، أو كانت صحاحًا لا يضرها الكسر ، وفي هذين الوجهين لا يجوز ؛ لأنه تعذر اعتبارها زيادة على بدل القرض ؛ لأنه يكون ربا ، وتعذر اعتبارها هبة ؛ لأنها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة ، وأما إن كانت الدراهم صحاحًا لا يضرها الكسر ، وفي هذا الوجه ينظر إن كان الرجحان زيادة يمكن تمييزها بدون الكسر إن كان يوجد فيها درهم خفيف ، بكون بمقدار الزيادة لا يجوز ، وإن كان الرجحان زيادة لا يمكن تمييزها بدون الكسر ، يجوز بطريق الهبة ، ويكون هذا هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة ، وإذا أقرضه بالكوفة بشرط أن يوفيه بالبصرة لا يجوز ؛ لأنه قرض جر منفعة ؛ لأن المستقرض يكفيه خطر الطريق ومؤنة الحمل[2].

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى ([illegible]) : باب قرض الحيوان غير الجواري بلفظ " استقرض رسول الله ﷺ من رجل سنًّا فأعطاه سنًّا فوق سنّه ، ورواه في مسلم .

(٢) وفي النسخة " م " : يكفيه خطر الطريق إذا لم يكن له حمل ومؤنة ، وإن كان له حمل ومؤنة يكفيه خطر الطريق ومؤنة الحمل .

١٣٠٢٤ - وعلى هذا السفاتج التي يتعامل بها التجار ، فإنهم يقرضون فيما بينهم ويكتب المستقرض للمقرض سفتجة إلى مكان ، فإذا كان ذلك شرطًا في القرض ، فهو مكروه؛ لأنه قرض جر منفعة ، فإنه يسقط عن المقرض مؤنة الحمل وخطر الطريق ، أو خطر الطريق . وإن لم يكن ذلك مشروطًا في القرض ، فلا بأس به .

١٣٠٢٥ - وفي المنتقى : إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى : رجل قال لآخر : أقرضني ألفًا على أن أعيرك أرضي هذه تزرعها ما دامت الدراهم في يدي ، فزرع المقرض ، لا يتصدق بشيء ، وأكره له ذلك .

نوع آخر منه :

١٣٠٢٦ - إذا استقرض فلوسًا ، فكسدت ، فإن على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه يرد عينها إن كانت قائمة ، ومثلها إن كانت هالكة ، وأما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ومحمد فقد ذكر بعض مشايخ في شرح كتاب الصرف : أن المشايخ اختلفوا فيه . على قولهما قال بعضهم يرد عينها إن كانت قائمة ، وإن كانت هالكة ، فعليه قيمتها ، وقال بعضهم : عليه قيمتها على كل حال .

١٣٠٢٧ - وفي المنتقى : ما يدل على هذا القول ، فقد ذكر ثمة : أنه إذا استقرض فلوسًا ، فكسدت ، فعليه مثلها في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ، وقال محمد : عليه قيمتها يوم كسدت ، زاد في رواية إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى : فعليه قيمتها في آخر ما كسدت ساعة قبل قبل أن يكسد ، وقال يعقوب : عليه قيمتها يوم استقرض ، فقد ذكر القيمة على قولهما من غير فصل بين ما إذا كانت قائمة أو هالكة على قولهما ، والفلوس المغصوبة إذا كسدت فإن كانت قائمة رد عينها بالإجماع ، وإن كانت هالكة ، ففيه الاختلاف الذي مر ، وهذه المسألة في الحاصل فرع لمسألة أخرى ، وهي في كتاب الغصب أن من غصب من آخر رطبًا ، وهلك عنده ، أو استهلكه ، ثم انقطع أوان الرطب ، قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه عليه قيمته من الفضة [يوم الخصومة ، وقال أبو يوسف رحمه الله : عليه قيمته من الفضة يوم الغصب ، وقال محمد رحمه الله تعالى : عليه قيمته من الفضة][1] يوم الانقطاع ، وجه قولهما أن في تلك المسألة أن الواجب على المستقرض رد مثل ما قبض ، وعلى الغاصب كذلك ، وقد حصل قبض الفلوس وهي رائجة ، فيجب رد مثلها من ذلك الضرب رائجة ، وقد عجز عن

---

[1] ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من م و ب .

تسليمها رائجة بالكساد، كما أن غاصب الرطب عجز عن تسليم الرطب بالانقطاع، إلا أن غاصب الرطب عجز عن رد الأصل، ومستقرض الفلوس عجز عن رد الفضة[1]، وهو كونها رائجة، وإذا صارت هذه المسألة بناء على تلك المسألة[2]، لو أوجبنا القيمة على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه وجب اعتبار القيمة يوم الخصومة ههنا، كما وجب اعتبار القيمة يوم الخصومة ثمه.

قلنا: وإيجاب قيمتها من الفضة يوم الخصومة لا يفيد؛ لأن قيمتها كاسدة، وعينها سواء، بل إيجاب العين كاسدة أعدل من قيمتها، فأوجبنا المثل على قوله، ولم يوجب القيمة لهذا، وعلى قولهما لما وجب اعتبار قيمتها رائجة إما يوم الاستقراض، وإما في آخر يوم كانت رائجة، كان إيجاب القيمة من الفضة أعدل من إيجاب عينها كاسدة، فيؤول الكلام إلى تلك المسألة، فإن اصطلحا على شيء يداً بيد، فهو جائز؛ لأن الواجب في الذمة على قولهما القيمة من الفضة، وعلى قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه الفلوس، وأيامًا كان فالاستبدال به جائز بعد أن يكون الافتراق عن عين بدين، والجواب في العدلي على ما ذكرنا من غير تفاوت.

وكثير من المشايخ كانوا يفتون بقول محمد، وبه كان يفتي الصدر الشهيد الكبير برهان الأئمة والصدر الشهيد حسام الدين، وبعض مشايخ زماننا أفتوا بقول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقوله أقرب إلى الصواب في زماننا.

١٣٠٢٨ - وفي "بيوع الأمالي": رجل استقرض من آخر شيئًا من الكيل أو الوزن، وانقطع عن أيدي الناس، قال: يجبر المقرض على التأخير حتى يدرك الحديث عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأن الانقطاع عن أيدي الناس يجري مجرى الهلاك.

ومن مذهب أبي حنيفة أن الحق لا ينقطع عن العين بهلاك العين على ما عرف في موضعه، وإذا بقي الحق في العين، ولوجود العين غاية معلومة، يجبر على التأخير إلى وقت وجوده، ليصل إليه عين حقه أكثر ما فيه أن في التأخير ضرب ضرر للمقرض، إلا أن في أخذ غير الحق ضرر للمستقرض، وهذا الضرر فوق ضرر التأخير، فكان أولى بالدفع.

١٣٠٢٩ - وفي "نوادر ابن سماعة": عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في رجل استقرض من آخر شيئًا من الفواكه كيلاً، أو وزنًا، فلم يقبضه المستقرض حتى انقطع، فهذا لا يشبه الفلوس إذا كسدت؛ لأن هذا مما لا يوجد، فهنا يجبر على تأخيره إلى أن يجيء الحديث إلى

---

(١) هكذا في "ظ"، وكذا في الأصل والنسختين "ف" و"م": الفضة.

(٢) وفي النسخة "ف": على أن في تلك المسألة.

أن يتراضيا على قيمته ، فقال : وفي هذا[1] الوجه مثل رجل استقرض من رجل طعامًا في بلدة الطعام فيه رخيص ، فالتقيا في بلدة الطعام فيه غال ، فأخذه الطالب بحقه ، فليس له أن يحبسه ، ويؤمر المطلوب بأن يوثق له حتى يعطيه إياه في البلد الذي استقرض فيه .

نوع آخر منه :

١٣٠٣٠ - في "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله تعالى : إذا أخذ المقرض المستقرض في بلدة أخرى ، فإن شاء أخذ حتى يؤديه في الموضع الذي استقرضه ، وإن شاء أخذ بقيمة ذلك الموضع ههنا ، وإن أبى المستقرض أن يعطيه القيمة ، أجبر عليه .

وروى إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى رجل استقرض من آخر طعامًا بالعراق ، فأخذه المقرض بمكة ، قال أبو يوسف : عليه قيمته يوم أقرضه ، وقال محمد : عليه قيمته بالعراق يوم اختصما ، وليس عليه أن يرجع معه إلى العراق ، ويأخذ طعامه .

١٣٠٣١ - وفي "القدوري" : إذا استقرض دراهم بخارية ، والتقيا في بلدة لا يقدر على البخارية ، فإن كان ينفق في ذلك البلد ، فإن شاء صاحب الحق أجله قدر المسافة ذاهبًا وجائيًا ، ويستوثق منه ، وإن كان في بلدة لا ينفق ، وجب القيمة .

وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : رجل أقرض رجلا طعامًا ، أو غصبه إياه ، وله حمل ومؤنة ، والتقيا في بلدة أخرى ، الطعام فيها أغلى أو أرخص . فإن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه قال : يستوثق له من المطلوب حتى يوفيه طعامه حيث أقرضه ، أو غصبه .

قال أبو يوسف رحمه الله تعالى : إن تراضيا عليه ، فحسن ، وأيهما طلب القيمة أجبر الآخر عليه ، وهي القيمة في البلد الذي استقرض ، أو غصب على حاله يوم أوصى ، والقول في ذلك قول المطلوب ، فإن كان الغصب قائمًا في يديه بعينه ، أجبره على أخذه ، وإلا أجبره على القيمة .

نوع آخر منه :

١٣٠٣٢ - رجل أقرض رجلا ألف درهم ، وقبضها المستقرض ، ثم إن المقرض قال للمستقرض : اصرف الدراهم التي عليك بالدنانير ، فإن عين له شخصًا ، بأن قال له : مع فلان ، ففعل جاز على المقرض بالإجماع ، وإن لم يعين شخصًا ، ففعل ، قال أبو حنيفة رضي

(١) هكذا في النسخة "م" ، وكان في الأصل و"ب" و"ف" : قال : وهذا في الوجه .

الله تعالى: لا يجوز على القرض، وقالا: يجوز.

أصل المسألة: إذا قال رب الدين للمديون: أسلم مالي عليك في كر حنطة، ولم يعين المسلم إليه، فإن أراد الطالب أن يأخذ الدنانير من المستقرض، ودفع إليه المستقرض باختياره، جاز ذلك، وهذا عندهم جميعاً، أما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فظاهر، وأما عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، فلأن بالدفع والأخذ ينعقد بينهما بيع(١) جديد بالتعاطي.

١٣٠٣٣ - إذا كان لرجل على رجل ألف درهم دين، فدفع المطلوب دنانير إلى الطالب، وقال: اصرفها، وخذ حقك منها، فقبضها الطالب، وهلكت في يده قبل أن يصرفها، فهي من مال المطلوب؛ لأن الدنانير أمانة في يده؛ لأنه قبضها بحكم الوكالة، والوكيل أمين فيما في يده بحكم الوكالة، فإن صرفها، فهلكت الدراهم في يده قبل أن يأخذ منها، هلكت من مال الدافع أيضاً؛ لأنه وكيل بالصرف، فالقبض بحكم العقد يقع للآمر أولاً، وتصير الدراهم أمانة في يده ما لم يحدث فيها قبضاً لنفسه، فإذا أخذ بحقه منها، فقد أحدث في المأخوذ قبضاً لنفسه، فإذا هلك بعد ذلك، هلك على مال الطالب، وإن لم يأخذها بحقه؛ لأن في هذه المسألة أمر الطالب بالبيع بحقه، وإنما يكون البيع بحقه إذا كان بائعاً؛ فيقع البيع للطالب، ويقع قبض الدراهم للطالب، أما في المسألة الأولى ما أمر الطالب بالبيع بحقه، إنما أمره بالصرف لنفسه، واستيفاء الحق من الدراهم، فيقع الصرف للدافع(٢)، ويقع القبض بحكم الصرف للدافع أيضاً، والتقريب ما ذكرنا.

نوع آخر من هذا الفصل

١٣٠٣٤ - قال محمد رحمه الله تعالى في «الجامع»: رجل استقرض من رجل كراً من طعام، ثم إن المستقرض اشترى من المقرض الكر الذي عليه بمائة درهم، جاز الشراء؛ لأن المستقرض صار ملكاً للمستقرض بنفس القبض، ووجب عليه للمقرض كر مثله، فيصح الشراء، بخلاف ما إذا اشترى غير من عليه الدين، حيث لا يجوز؛ لأنه لا يمكنه التسليم إلا بالقبض، فكان عاجزاً عن التسليم للحال، فلا يجوز، أما ههنا المبيع في يد المشتري؛ لأنه في ذمته، وذمته في يده، فما في ذمته يكون في يده أيضاً، فكما اشترى وقع مسلماً إليه، فصح،

---

(١) وفي النسخة «م»: عقد.

(٢) هكذا في النسختين «م» و«ف»، وكان في الأصل والنسخة «ظ»: فيقع الصرف للدافع.

وإذا جاز الشراء إن نقد المائة في المجلس، فالشراء ماض على صحته، وإن لم ينقدها في المجلس، بطل لافتراقهما عن دين بدين، وهذا بخلاف ما إذا وجب للمستقرض على المقرض كر حنطة، ثم إن كل واحد منهما باع ماله على صاحبه بما لصاحبه عليه، حيث يجوز، وإذا افترقا عن المجلس من غير قبض[1] شيء؛ لأن هناك الافتراق حصل بعد قبض البدلين حكماً؛ لأن بنفس الشراء ملك كل واحد ما في ذمته، وصار قابضاً لما في ذمته، وذمته في يده.

قالوا: وهذا على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأن عندهما المستقرض يصير ملكاً للمستقرض بنفس القبض، فيجب عليه مثله ديناً في الذمة، فيصح الشراء، أما عند أبي يوسف رحمه الله تعالى المستقرض لا يصير ملكاً للمستقرض إلا بالقبض مع الاستهلاك، فلم يجب في ذمة المستقرض شيء، فلا يصح الشراء، فإذا استهلكه، ثم اشتراه الآن صح بلا خلاف، وكذلك الاختلاف في الملك في النقود، وسائر ما يستقرض، وجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن القرض بمنزلة العارية، ولهذا لا يصح التأجيل فيه مع صحة القرض، وجعلت إعارة كل مكيل وموزون قرضاً، ولهذا لا يملك المكاتب والعبد والأب والوصي، والإعارة تمليك المنفعة، لا تمليك العين، إلا أن منافع هذه الأعيان لا تتصل عن الأعيان، فأقيم المنافع مقام الأعيان، ثم المنافع لما كان لا تملك إلا بالاستهلاك، فكذلك الأعيان التي قامت مقام المنافع، وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وهو أن الأعيان لما أقيمت مقام المنافع فيما لا يتهيأ الانتفاع إلا بعد استهلاكها، يقوم قبض العين أيضاً مقام قبض المنفعة لهذه الضرورة، والمنفعة في باب الأعيان تملك بالقبض، فكذا هذا العين تملك بالقبض، غير أن قبض المنافع لا يكون بدون الاستهلاك [وقبض الأعيان يتصور بدون الاستهلاك][2]، فإذا افترقا في حق القبض، فيفترقان في الملك الذي هو بناء عليه.

والدليل عليه: أن المستقرض لو باع القرض من غيره، يجوز، وكذا الثمن له، ولو بقي على ملك المقرض قبل الاستهلاك، لكان يقف هذا البيع على إجازته، وكذا سائر تصرفاته من الهبة والصدقة على هذا، ثم إذا نقد المشتري المائة في المجلس، ثم وجد بالكر عيباً، لم يرده بالعيب؛ لأنه لا وجه إلى رده بحكم الشراء؛ لأن العقد ما يتناوله، ولا وجه إلى رده بحكم القرض؛ لأن القرض تبرع لا يوجب السلامة عن العيب[3]، ولكن يرجع بنقصان العيب من

---

(١) وفي "م": من غير نقد.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من النسخة "م".

(٣) وفي النسخة "ف": عن العيب، ولكن يلزم قبل المقبوض، ولكن يرجع بنقصان العيب.

الثمن ؛ لأن المبيع(١) كر وجب له في الذمة بدلا عن المقبوض بحكم القرض ، والمقبوض بحكم القرض معيب في نفسه ، فكذا ما وجب بدلا عنه ، والعقد يقتضي السلامة عن العيب ، وقد ظهر أنه معيب ، وقد تعذر رده ؛ لأنه دين في ذمة المشتري ، فلما اشتراه سقط عن ذمته ، فيرجع بنقصان العيب ، كما لو اشترى عبدًا ، فهلك في يد المشتري ، ثم اطلع على عيب به ، ولو كان القرض المقبوض مستهلكًا ، كان الجواب كما قلنا ، لكنه عند الكل ، وكذلك الجواب في كل مكيل وموزون ، غير الدراهم والدنانير والفلوس إذا كان قرضًا .

١٣٠٣٥ - وقال في آخر الباب : لو اشترى ما عليه من الكر القرض بكر مثله ، جاز إذا كان عينًا ، وإن كان دينًا لا يصح ، إلا أن يقبضه في المجلس لما مرّ ، فإن وجد المستقرض بالقرض عيبًا ، لم يرده ، ولا يرجع بنقصان العيب ، بخلاف الوجه الأول ، والفرق بينهما أنه لو رجع بنقصان العيب ، إنما يرجع بنقصان الكر دفع المستقرض عوضًا عن المستقرض ، فيكون هذا مبادلة كر من طعام بأقل من كر ، وذلك ربا ، أما إذا كان الثمن دراهم ، لو رجع بحصة الدراهم ، كان هذا مبادلة كر بأقل من مائة درهم ، وذلك لا يؤدي إلى الربا .

١٣٠٣٦ - وقال في آخر الباب : إذا اشترى المستقرض بعينه وهو مقبوض ، لم يصح الشراء ؛ لأنه ملك المستقرض ، وإنما اشترى ملك نفسه ، فلا يصح ، وعلى قياس قول أبي يوسف رحمه الله تعالى : يصح ؛ لأنه ملك المقرض .

فإن قيل : لمَ لا تقدم فسخ القرض تصحيحًا لما قصدا ، كما تقدم فسخ البيع بألف على البيع بألفين وخمسمائة تصحيحًا لما قصدا ؟

قلنا : فسخ القرض لا يتم إلا برد المقرض ، وذلك فعل ، والأفعال لا يمكن إثباتها بطريق الاقتضاء ، فلا يثبت فسخ القرض إلا إذا سقط اعتبار الرد شرطًا [لتمام الفسخ مقتضى الإقدام على البيع ، ولا وجه إلى ذلك ؛ لأن ما صار شرطًا](٢) للشيء ، لا يسقط اعتباره ، وإن كان ثبوت ذلك الشيء بطريق الاقتضاء .

١٣٠٣٧ - ونظير هذا ما قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى : فيمن قال لغيره : أعتق عبدك عني بغير شيء ، لا تثبت الهبة بطريق الاقتضاء ؛ لأن القبض شرط له ، وأنه فعل ، ولا يمكن إثباته بطريق الاقتضاء إلا إذا سقط اعتبار القبض شرطًا للهبة ولم يسقط ، وإن كان ثبوت الهبة مقتضى غيره ، وهو الإعتاق عن الآمر ، كذا ههنا .

---

(١) هكذا في النسختين : ب و م ، وكان في الأصل والنسخة ظ : البيع

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب.

١٣٠٣٨ - ولو اشترى المقرض من المستقرض عين ما قبضه، صح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأنه ملك المستقرض، وعلى قول أبي يوسف: لا يصح؛ لأنه ما زال عن ملك المقرض، فلا يصح شراؤه.

١٣٠٣٩ - وعنه أيضًا: رجل أقرض رجلا مائة درهم على أنها جياد، فقبضها، ثم اشترى المستقرض من المقرض بعشرة دنانير، صح، أما على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ فلأنه وجب على المستقرض مثل تلك الدراهم دينًا في الذمة بالإضافة، بل يتعين عينها، وصار هو بائعًا الدنانير بتلك الدراهم، فصار وجوب تلك الدراهم في الذمة وجودها والعدم بمنزلة، بخلاف مسألة الطعام؛ لأن في بيع الطعام العقد يتعلق بالعين بالإشارة، فيتعلق به في الذمة بالإضافة، فإذا لم يكن في ذمته شيء، لا يصح الشراء، أما ههنا بخلافه، ثم إذا صح الشراء ههنا.

١٣٠٤٠ - لو افترقا عن المجلس من غير قبض البدل، وهو الدينار، بطل الصرف؛ لافتراقهما عن المجلس من غير قبض بدل الصرف في المجلس، وإن قبض الدنانير قبل أن يفترقا، فالعقد ماض على الصحة؛ لأن الدنانير مقبوضة حقيقة، والدين مقبوض عليه أيضًا، فوجد قبض بدلي الصرف في المجلس، وفي مسألة الحنطة العقد ليس بصرف، وما ليس بصرف إنما يبطل بالدينية في البدلين، وذلك يزول بقبض أحدهما. ثم في مسألة الحنطة لم يجعل الدين بمنزلة المقبوض، إذ لو كان في معنى المقبوض لما احتيج إلى قبض البدل الآخر؛ لأن في عقد غير الصرف يكتفى بقبض أحد البدلين.

والوجه في هذا أن يقال: إن في العقود كلها الشرط تعين أحد البدلين حقًا للشرع ليصير محل العقد موجودًا، غير أن في باب الصرف لما لم يتحقق التعيين إلا بالقبض، شرط قبض أحد البدلين [للتعيين، وشرط قبض البدل الآخر حقًا للعاقد الآخر تحقيقًا للتساوي بينهما، ففي مسألة الدين][1]: لما كان في حكم المقبوض، ووجد قبض الآخر في المجلس صار حق الشرع، وحق العبد مقامًا فيجوز، أما في مسألة الحنطة ما في الذمة وإن صار في حكم المقبوض، لكن لم يتعين فيه؛ لأن صيرورته مقبوضًا لا ينافي كونه دينًا، فلم يصر حق الشرع مقامًا، فشرط تعيين البدل الآخر، ليصير حق الشرع مقامًا، فإن وجد المستقرض من الدراهم القرض زيوفًا، أو نبهرجة، لم يردها؛ لأنه لو ردها إما أن يردها بحكم العقد أو بحكم القرض، وكلا الوجهين ممتنع على ما مر في الفصل الأول، ولا يرجع بنقصان العيب ههنا

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

أيضاً، بخلاف مسألة شراء الكر الذي عليه بالدراهم.

والفرق: وهو أن العقد يتعلق بالكر الذي هو عين بالإشارة، فيتعلق بالكر الذي في ذمة المستقرض أيضاً بالإضافة، ولهذا إذا اشترى كر حنطة في ذمته من إنسان، ثم تصادقا أنه لا حنطة عليه أنه يبطل الشراء، وإذا تعلق العقد بالكر الذي في ذمة المستقرض، فلو رجع بحصة العيب من الدراهم، كان مشترياً الكر بأقل من مائة، وأنه ليس بربا.

أما في مسألة الدراهم الذي في ذمة المستقرض لا تتعين لإضافة العقد عليها، ألا ترى أنها لو كانت عيناً لا تتعين لإضافة العقد إليها، فكذا إذا كانت ديناً لا تتعين لإضافة العقد إليها، ولهذا لو اشترى مائة درهم في ذمته لإنسان بعشرة دنانير، ثم تصادقا أنه لا شيء عليه، لا يبطل الشراء، وإذا لم يتعلق العقد بالدراهم الذي في ذمة المستقرض، وجب للمستقرض بهذا الشراء مائة درهم جياد في ذمة المقرض بدلاً عن الدنانير، وللمقرض على المستقرض مائة مثلها، فصار قصاصاً، وصار المستقرض قاضياً ما كان عليه بما وجب له في ذمة المقرض بالشراء، فلو رجع بنقصان العيب، يسلم له مائة درهم وزيادة شيء، وهذا هو الربا.

١٣٠٤١ - قال: ليس للمستقرض أن يرد على المقرض مثل دراهمه الزيوف، ويرجع عليه بالجياد، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال أبو يوسف: له ذلك، وهذه المسألة فرع لمسألة أخرى أن من كان له على آخر مائة درهم جياد، فأوفاه المديون زيوفاً، ولم يعلم رب الدين حتى هلكت الدراهم في يده، واستهلكها، ثم علم بذلك، فأراد أن يرد عليه مثل المقبوض من الزيوف، ويرجع عليه بالجياد، ليس له ذلك في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وعند أبي يوسف له ذلك استحساناً.

فوجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: إن المقبوض لو كان قائماً بعينه، كان له أن يرده، ويرجع بالجياد، فكذا إذا أمكن من رد مثله، وعجز عن رد العين، إذ رد المثل جعل كرد العين إيفاء لحقه في الجودة، ونظراً له.

وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا: بأن المقبوض إذا كان قائماً بعينه، فإذا رد، ينتقض القبض من الأصل، ويلتحق بالعدم، فيعود حقه في الأصل، فيعود في الجودة أيضاً، أما برد مثل المقبوض، لا ينتقض القبض في المقبوض، إذ القبض لم يرد على المثل، ويرد غير المقبوض، لا ينتقض القبض في المقبوض، فلا يعود حقه في الأصل، فلو عاد في الجودة عاد ابتداء، وحقه لا يعود في الجودة ابتداء.

١٣٠٤٢ - ولو وجد المستقرض الدراهم المستقرضة ستوقة، أو رصاصاً، وباقي المسألة

بحالها. ردها على المقرض؛ لأن الستوقة والرصاص عروض، واستقراض العروض باطل بعد هذا إن لم يتفرقا عن المجلس، وقد نقد الدنانير، واستوفى مائة درهم جياد في المجلس، لم يتعلق بشيء منها في الذمة.

فقد تبين أنه لم يكن في ذمته دراهم بسبب القرض(١)، فصار كأن العقد مطلق لم يضف إلى ما في ذمة المستقرض، فلا يبطل بالافتراق قبل القبض في المجلس، فأما إذا تفرقا عن المجلس، فقد بطل الصرف لافتراقهما عن غير قبض أحد البدلين، وهو الدراهم في المجلس، وكان للمستقرض أن يسترد دنانيره، فصار كرجل اشترى دراهم بدنانير، ونقد الدنانير، وقبض الدراهم، ثم وجدها ستوقة، استبدل في المجلس، يجوز العقد، وإن افترق عن المجلس حتى يبطل العقد، يسترد الدنانير، كذا ههنا.

١٣٠٤٣- ولو كان الدين على المستقرض دنانير، أو فلوسًا، فاشتراها بدراهم، ثم وجدها زيوفًا، أو نبهرجة، أو ستوقة، فهي المسائل الجواب ما ذكرنا في جميع الأحوال، وكذلك الجواب في السلم إذا كانت زيوفًا، أو نبهرجة، ثم إذا وجد الفلوس ستوقة، وقد تفرقا بعد قبض الدراهم، كان العقد جائزًا، وإن حصل الافتراق عن عين بعين، ولكن هي عين عند الصرف، فلا يوجب الفساد، والله سبحانه وتعالى أعلم.

(١) هكذا في النسخ: ف، م، وكان في الأصل ونسخة ظ: الدراهم

الفصل الرابع والعشرون
في الاستصناع

١٣٠٤٤ - يجب أن يعلم أن الاستصناع جائز في كل ما جرى التعامل فيه، كالقلنسوة، والخف، والأواني المتخذة من الصفر، والنحاس، وما أشبه ذلك استحساناً، ولا يجوز فيما لم يجر التعامل فيه، كالثياب وما أشبهها، والقياس أن لا يجوز الاستصناع أصلاً، وبه أخذ زفر والشافعي رحمهما الله تعالى.

وجه القياس في ذلك ما روي عن النبي ﷺ: "أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم"[1]، وهذا بيع ما ليس عنده، لا على وجه السلم، فلا يجوز عملاً بهذا الظاهر، ولأن من جوز الاستصناع فيما للناس فيه تعامل، إما أن يجوز إجارة، أو بيعاً، أو سلماً، لا وجه إلى تجويزه إجارة؛ لأنه استأجره ليعمل في ملكه، فإن الأديم ملك العامل، ولا وجه إلى تجويزه بيعاً؛ لأنه باع ما ليس عنده، ولا وجه إلى تجويزه سلماً؛ لأنه لم توجد شرائط جواز السلم، وإذا لم يكن تجويزه على موافقة هذه العقود، كان باطلاً، كالاستصناع [في الثياب، فهذا وجه القياس، ووجه الاستحسان أن القياس، وإن كان يأبى جواز الاستصناع][2] من الوجه الذي قلتم، إلا أنا تركنا القياس، وجوزناه بتعامل الناس، فإن الناس يتعاملون الاستصناع في هذه الأشياء من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير وردّ من الصحابة رضي الله تعالى عنهم، ولا من التابعين، وتعامل الناس من غير نكير وردّ من علماء كل عصر حجة يترك بها القياس، ويخص بها الأثر، ألا ترى أن دخول الحمام بالأجر جائز استحساناً لتعامل الناس من غير نكير من علماء كل عصر وإن كان القياس يأبى جوازه؛ لأن مدة ما يمكث في الحمام، وقدر ما يستعمل من الماء مجهول، وكذلك لو قال لسقاء: أعطني شربة ماء بفلس جاز ذلك لتعامل الناس فيه من غير نكير وردّ من علماء كل عصر، وإن كان القياس يأبى جوازه، فكذلك هذا.

---

(١) أخرجه القرطبي في تفسيره (٣/ ٣٧٩)، وذكره ابن حجر في "الدراية" (٢/ ١٥٦)، وقال: صححه ابن حبان والحاكم والنسائي من طريق عطاء الخراساني عن عبد الله بن عمر، والشافعي في "الأم" (٥/ ١٦٣)، ثم قال الحافظ: لم أجده هكذا.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

والأصل في ذلك ما يروى عن النبي ﷺ أنه قال: «ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن»[1]، والمسلمون رأوا الاستصناع حسنًا، فيكون حسنًا، بخلاف الاستصناع فيما لا تعامل للناس فيه، نحو الثياب وما أشبه ذلك؛ لأن المجوّز للاستصناع التعامل، ففيما لا تعامل فيه، لا يجوز، فنعمل فيه بالقياس، ثم أمر الاستصناع فيما للناس فيه تعامل إذا جاز استحسانًا فإنما يجوز معاقدة لا مواعدة، بدليل أن محمدًا رحمه الله تعالى ذكر فيه القياس والاستحسان، ولو كان مواعدة لجاز قياسًا واستحسانًا، والدليل عليه أنه فصل بين ما للناس فيه تعامل وبين ما لا تعامل للناس فيه، ولو كانت مواعدة لجاز في الكل.

والدليل عليه أن محمدًا رحمه الله تعالى قال في الكتاب: إذا فرغ الصانع من العمل، وأتى به، كان المستصنع بالخيار؛ لأنه اشترى ما لم يره، فقد سماه شراء، وكذلك قال: إذا قبض الأجر، فإنه يملك.

ولو كانت مواعدة لا معاقدة لكان لا يصير الأجر ملكًا له، فدل أنها تنعقد معاقدة لا مواعدة. ثم كيف ينعقد معاقدة [بقول][2] بعضهم إجارة ابتداء، ويصير بيعًا انتهاء متى سلم قبل التسليم بساعة، بدليل أنهم قالوا: بأن الصانع إذا مات قبل تسليم العمل، يبطل الاستصناع، ولا يستوفى المصنوع من تركته، ولو انعقد بيعًا ابتداء وانتهاء، لكان لا يبطل بموته، كما في بيع العين والسلم.

١٣٠٤٥ - وقال محمد رحمه الله تعالى: إن أتى به الصانع، كان المستصنع بالخيار؛ لأنه اشترى شيئًا لم يره، ولو انعقد إجارة ابتداء وانتهاء، لم يكن له خيار الرؤية كما في الخياط والصبغ، ولو كان ينعقد بيعًا عند التسليم لا قبله بساعة، لم يثبت خيار الرؤية؛ لأنه يكون مشتريًا ما رآه، وخيار الرؤية لا يثبت في المشترى، فعلمنا أنها تنعقد إجارة ابتداء، وإن كان القياس يأباه؛ لأنه إجارة على عمل في ملك الأجير، ثم يصير بيعًا انتهاء قبل التسليم بساعة، وإن كان القياس يأبى أن يصير الإجارة بيعًا، لكنا تركنا القياس في الكل لمكان التعامل، والمعنى في ذلك أن المستصنع طلب منه العمل والعين جميعًا، فلا بد من اعتبارهما جميعًا، واعتبارهما

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٤٤٦٥)، ورواه البيهقي أيضًا في شعب الإيمان (٤٤٦٦)، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (١/ ١٧٧): باب الإجماع، وذكره العجلوني في كشف الخفاء (١/ ١٨٢، ٢/ ٢٤٥)، والزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٣٣): باب الإجارة الفاسدة، وعزاه إلى الحاكم في المستدرك، وقال: صحيح الإسناد.

(٢) وفي النسخة: [illegible] على المعروف، هكذا: بقول.

جميعًا في حالة واحدة متعذر؛ لأن بين الإجارة والبيع تنافيًا، فجوزناه إجارة ابتداء؛ لأن عدم المعقود عليه لا يمنع انعقاد الإجارة، ويمنع انعقاد البيع، فاعتبرناها إجارة ابتداء، وجعلناها بيعًا قبل التسليم بساعة توفيرًا على الأمرين حظهما كما قلنا، هكذا في الهبة بشرط العوض، اعتبرناها تبرعًا ابتداء عملا باللفظ بيعًا انتهاء عملا بالمعنى، ولذلك قلنا: لو مات قبل التسليم، يبطل كالإجارة، ومتى سلم كان المستصنع بالخيار؛ لأنه اشترى ما لم يره.

١٣٠٤٦ - وهذا بخلاف ما لو استأجر وراقًا يكتب له كتابًا بحبره، أو صباغًا ليصبغ ثوبه بصبغه، فإنها تنعقد إجارة ابتداء وانتهاء، وإن كان فيها تمليك العين من المستأجر، وهو الحبر والصبغ؛ لأن تمليك الحبر والصبغ ممكن من غير أن يجعل بيعًا في الانتهاء، لاتصال الصبغ بملكه، فإن اتصال الصبغ بملك الإنسان سبب لملك الصبغ من غير عقد أصلا، وإذا أمكننا تمليك الصبغ من غير بيع، لم نضطر إلى أن نجعل الإجارة بيعًا انتهاء، وأنه خلاف القياس، فأما ههنا تمليك العين من المستصنع تبعًا للعمل غير ممكن، وإن اعتبرناها إجارة ابتداء؛ لأن العمل لا يصير ملكًا له قبل ملك المحل، وإذا لم يمكن تمليك العين منه بعقد الإجارة تبعًا للعمل، احتجنا إلى تمليك العين منه أولا، ولا يمكننا ذلك إلا بالبيع، فجعلناه بيعًا انتهاء بيعًا قبل التسليم بساعة ليثبت به خيار الرؤية، ولهذا أورد محمد رحمه الله تعالى الاستصناع في كتاب البيوع، وفي كتاب الإجارات؛ لأن لها شبهًا من الأجلين من الإجارة والبيع، وأنها تنعقد إجارة ابتداء، وتنقلب بيعًا انتهاء، وكان له اتصالا بالكتابين جميعًا، فلهذا أورد في الكتابين.

فإن قيل: لو كان تنعقد إجارة لكان الصانع يجبر على العمل، ويجبر المستصنع على إعطاء الدراهم، كما في سائر الإجارات، ولو أتى الصانع بمصنوع صنعه قبل العمل، برئ الصانع عما لزمه بالاستصناع، ولو انعقد إجارة، لا يستحق عليه العمل بعد العقد؟

قلنا: الروايات في لزوم الاستصناع وعدم اللزوم مختلفة، روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أن الصانع لم يجبر على العمل، بل يتخير، إن شاء فعل، وإن شاء لم يفعل، وإذا أتى الصانع بالمصنوع، لا يجبر المستصنع على القبول، بل هو بالخيار، إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل، وذكر الكرخي رحمه الله تعالى في كتابه: أن هذا العقد ليس بلازم، ولم ينسب هذا القول إلى أحد، وقال أبو يوسف أولا: يتخير المستصنع دون الصانع، وهو رواية عن أصحابنا رحمهم الله تعالى، ثم رجع أبو يوسف عن هذا، وقال: لا خيار لواحد منهما، بل يجبر الصانع على العمل، ويجبر المصنوع على القبول

وجه ما روي عن أبي يوسف أنه يجبر كل واحد منهما، أما الصانع فلأنه ضمن العمل،

فيجبر على العمل، وأما المستصنع فلأنه لو لم يجبر على القبول، يتضرر به الصانع؛ لأنه عسى لا يشتريه غيره أصلاً، أو لا يشتري بذلك القدر من الثمن، فيجبر على القبول دفعاً للضرر عن الصانع.

وجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أولاً: وهو رواية عن أصحابنا: أن المستصنع اشترى شيئاً لم يره، وللمشتري ما لم يره الخيار بالنص لا للبائع، وجه ما روي عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وهو المذكور في القدوري: أنه لا يجبر كل واحد منهما، أما لا يجبر الصانع على العمل، وإن كان ينعقد إجارة؛ لأنه لا يمكن العمل إلا بإتلاف عين، والإجارة تنفسخ بهذا القدر، ألا ترى أن المزارع له أن يمتنع من العمل إذا كان البذر من جهته، ورب الأرض كذلك؛ لأنه لا يمكنه المضي في هذه الإجارة إلا بإتلاف عينه، وكذلك لو استأجر رجلاً ليقطع يده، وقد وقع فيها أكلة، كان له أن يمتنع، فكذلك هذا، ولا يجبر المستصنع على إعطاء الدراهم، وإن شرط تعجيله؛ لأن الإجارة في الأجرة شراء ما لم يره، ومن اشترى ما لم يره، كان له أن يفسخ العقد، ولا يعطي البدل، ولأن جواز الاستصناع بخلاف القياس لأجل الحاجة والضرورة في الجواز، لا في اللزوم، فبقي اللزوم على أصل القياس، ومن هذا قلنا أن للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع؛ لأن العقد ليس بلازم، فإذا رآه، ورضي به ليس له أن يبيعه؛ لأن الصانع بالإحضار أسقط خياره، ولزم العقد من جانبه، فإذا رضي به المستصنع، يثبت اللزوم في حقه أيضاً، فلا يكون للصانع أن يبيع بعده.

وأما قوله: لو أتى بمصنوع صنعه قبل العقد، لم يجبر على العمل، قلنا: المعقود من العمل المعمول، فإذا سلم المعمول سقط عنه العمل، هذا إذا لم يضرب لذلك أجلاً، فأما إذا ضرب لذلك أجلاً، قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: لو أجل يصير سلماً، ولا يبقى استصناعاً حتى يجب تعجيل رأس المال في المجلس، ومتى أتى بمصنوع على الوصف الذي وصفه لا يكون له خيار الرؤية.

١٣٠٤٧ - وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: إنه لا يصير سلماً، بل يبقى استصناعاً، وهذا في الاستصناع للناس فيه تعامل، فأما ما لا تعامل للناس فيه كالاستصناع في الثياب، فإنه ينقلب سلماً بضرب الأجل بالإجماع هكذا، قالوا: وذهب في ذلك إلى أن الاستصناع ينعقد إجارة ابتداء، ويصير بيعاً انتهاء، فإذا ضرب فيه الأجل: فاعتبر معنى الإجارة فيه يمنع أن يصير سلماً [لأن الإجارة لا تصير سلماً بضرب الأجل، كما لو قال لخياط: خط هذا الثوب غداً، أو إلى شهر، لا يصير سلماً] (١)، واعتبار معنى البيع يوجب أن يكون

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و م وف

سلمًا؛ لأن المستصنع في حكم بيع عين، ولهذا ثبت للمستصنع خيار الرؤية، وضرب الأجل لا يصح في الأعيان، وإنما يصح في الديون، فضرب الأجل تقتضي أن يكون المبيع دينًا في الذمة، والمبيع لا يثبت دينًا في الذمة إلا سلمًا، فقد اجتمع ما يوجب أن يكون الاستصناع سلمًا، وما يمنع، وقد أمكن تجويزه استصناعًا من غير أن يجعله سلمًا، فلا نجعله سلمًا. وقد استوى الموجب لصيرورته سلمًا مع المانع بخلاف ما لا تعامل للناس فيه؛ لأنه لا يمكن تجويزه استصناعًا، فجوزناه سلمًا.

وأما أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه يقول: اجتمع ما يوجب أن يصير الاستصناع سلمًا، وما يمنع، وترجح ما يوجب أن يكون سلمًا على ما يمنع، فجعلناه سلمًا، وإنما قلنا ذلك؛ لأن اعتبار معنى الإجارة، إن كان يمنع أن يكون سلمًا اعتبارًا، معنى البيع يوجب أن يكون سلمًا، فقد استويا.

وهنا اعتبار آخر يوجب أن يصير سلمًا، وهو أنا لو جوزناه سلمًا، ورجحنا جانب البيع كان فيه تجويز هذا العقد على موافقة القياس من وجه؛ لأن المبيع حينئذ يثبت دينًا في الذمة، وثبوت المبيع في الذمة على موافقة القياس من وجه كما في السلم، فأما متى صار استصناعًا لم يكن المبيع في الذمة دينًا ولا عينًا، وهذا خلاف القياس من كل وجه، فصار ما يوجب صيرورته سلمًا شيئان، وما يمنع شيء واحد، فيكون العبرة لما يوجب، ثم إذا صار سلمًا لم يكن للمستصنع خيار الرؤية، كما في سائر الإسلام لا يثبت خيار الرؤية، ولا المشتري ما لم يره.

وفرق بين هذا وبين بيع العين، فإن للمشتري في بيع العين خيار الرؤية، وإنما كان كذلك، وذلك لأن إثبات خيار الرؤية لا يفيد في السلم؛ لأن فائدة خيار الرؤية الفسخ، ولا يحصل هذا المقصود متى أثبت خيار الرؤية في السلم، وذلك لأنه متى رد المقبوض بخيار الرؤية لا ينفسخ السلم؛ لأنه لم يرد عين ما تناوله [العقد؛ لأن العقد لم يتناول] (١) هذا المقبوض بعينه، وإنما يتناول مثله دينًا في الذمة، ولا ينفسخ العقد برده، بل يعود حقه إلى مثله، وإذا لم يفد ثمرته وحكمه، لا يثبت، وفي بيع العين يفيد ثمرته وحكمه؛ لأن حكمه الفسخ، والبيع ينفسخ متى رده بخيار الرؤية؛ لأنه رد عين ما تناوله العقد، فينفسخ العقد برده، وإذا أفاد حكمه وثمرته، ثبت -والله أعلم-.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من هـ و ب.

تفسيرها أن يأتي الرجل المحتاج إلى آخر يستقرضه عشرة دراهم، ولا يرغب المقرض في الإقراض طمعاً في الفضل الذي لا ينال بالقرض، فيقول: ليس يتيسر علي الإقراض، إذ لا يحصل به ربح، ولكن أبيعك هذا الثوب إن شئت باثني عشر درهماً، وقيمته في السوق عشرة ليبيع في السوق بعشرة فيرضى به المستقرض، فيبيعه المقرض منه باثني عشر درهماً، ثم يبيعه المشتري في السوق بعشرة، فيحصل لرب الثوب ربح درهمين بهذه التجارة، ويحصل للمستقرض قرض عشرة، سميت هذا العقد بالعينة؛ لأنه أعرض عن الدين إلى بيع العين.
وقال بعضهم: تفسيرها أن يدخلا بينهما ثالثاً فيبيع المقرض ثوبه من المستقرض باثني عشرة درهماً، ويسلمه إليه، ثم يبيع المستقرض من الثالث الذي أدخلاه بينهما بعشرة، ويسلم الثوب إليه، ثم إن الثالث يبيع الثوب من صاحب الثوب، وهو المقرض بعشرة، ويسلم الثوب إليه، ويأخذ منه العشرة، ويدفعها إلى طالب القرض، فيحصل لطالب القرض عشرة دراهم، ويحصل لصاحب الثوب عليه اثني عشر درهماً، وهذا حيلة من حيل الربا.

وكان محمد بن سلمة البلخي رحمه الله تعالى يقول لتجار بلخ: إن العينة التي جاءت في الحديث خير من بيعكم هذا.

١٣٠٥٠- وفي الفتاوى الصغرى[1]: أن البيع الذي تعارفوه أهل سمرقند وسموه بيع الوفاء، تحرزاً عن الربا في الحقيقة رهن، والمبيع في يد المشتري كالرهن في يد المرتهن، لا يملكه ولا يحل له الانتفاع به إلا بإذن الراهن، وهو ضامن لما أكل من ثمره، ولما استهلكه من عينه، والدين يسقط بهلاكه في يده إذا كان فيه وفاء بالدين، وللبائع استرداده إذا قضى الدين، إذ لا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حق حكم من الأحكام، وعليه فتوى السيد الإمام أبي شجاع السمرقندي، وفتوى القاضي الإمام علي السغدي ببخارى، وكثير من الأئمة على هذا.

١٣٠٥١- وفي فتاوى أبي الفضل: سئل عن كرم بين رجل وامرأة، باعت المرأة نصيبها من الرجل، واشترطت أنها متى جاءت بالثمن يرد عليها نصيبها، ثم باع الرجل نصيبه، هل للمرأة فيه الشفعة؟ قال: إن كان البيع بيع معاملة، فيه الشفعة للمرأة، سواء كان نصيبها من الكرم في يدها، أو في يد الرجل، قيل: لم؟ قال: لأن بيع المعاملة والمواضعة حكمه حكم الرهن، وللراهن الشفعة، وإن كان الرهن في يد المرتهن، وبعض مشايخ سمرقند رحمهم الله تعالى قالوا: إذا لم يكن الوفاء مشروطاً في البيع، يجعل هذا بيعاً في حق المشتري حتى يحل له الانتفاع بالمشتري، كما يحل له الانتفاع بسائر أملاكه، ويجعل رهناً في حق البائع

(١) [illegible] ١٦٠/٨ و ٣٦٣.

حتى لا يتمكن المشتري من بيعه، وإذا مات لا يورث عنه، وإذا جاء البائع بالمال، يؤمر المشتري بأخذ المال ورد المبيع عليه، ويجوز أن يكون للعقد الواحد حكمان، وقد مر نظير هذا في السلم، وإنما فعلنا هكذا لحاجة الناس بعضهم إلى أموال البعض مع صيانتهم عن الوقوع في الربا.

١٣٠٥٢ - وسئل أبو القاسم الصفار رحمه الله تعالى عمن يحتاج إلى شراء الأشياء، ويخاف الوقوع في الحرام، هل يجب عليه أن يسأل عن كل أحد يريد الشراء منه عن حال ما يريد شراءه، قال: الأشياء على ظاهرها التي جرت العادة عليه حتى تجيء العوارض، فإذا كان نقدا قد غلب الحرام على أهله لو كان البائع ممن يتخذ المال من خبيث، فالسؤال حسن، وإن كان نقد الغالب على ظنه الحلال في الأسواق لا يجب السؤال.

١٣٠٥٣ - وسئل ابن مقاتل عن بيع الزنار لأهل الذمة، قال: لا بأس به؛ لأن ذلك ذل لهم، ويكره بيع المكعب المفضض من الرجال إذا علم أنه يشتريه ليلبسه.

١٣٠٥٤ - وسئل الفقيه أبو بكر عمن يريد بيع عبده الأمرد من فاسق يعلم أنه يعصي الله به، قال: يكره؛ لأنه إعانة على معصية الله تعالى.

١٣٠٥٥ - وسئل أبو القاسم عمن يبيع ويشتري في الطريق، قال: إن كان الطريق واسعًا، ولا يكون في قعوده ضرر للناس فلا بأس به.

وعن أبي عبد الله القلانسي: أنه كان لا يرى بالشراء منه بأسًا، وإن كان بالناس ضرر في قعوده، والصحيح هو الأول؛ لأنه إذا علم أنه لا يشتري منه لا يبيع على الطريق، فكان هذا إعانة له على المعصية، وقد قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾(١)، وبعض مشايخنا قالوا: لا يجوز له القعود على الطريق، وإن لم يكن للناس في قعوده ضرر، ويصير بالقعود على الطريق فاسقًا؛ لأن الطريق ما اتخذ للجلوس فيه إنما اتخذ للمرور فيه.

١٣٠٥٦ - رجل اشترى شيئًا بعشرة دراهم صغار، فدفع إليه العشرة، وبعضها كبار، وهو لا يعلم لا يحل للبائع أن يأخذه ويصرف إلى حوائجه.

وسئل بعض مشايخ بلخ عن بيع الطين الذي يوكل، قال: لا يعجبني بنفسه إذا لم ينتفع به إلا الأكل؛ لأنه يضر ويقتل.

(١) سورة المائدة: الآية ٢.

١٣٠٥٧ - رجل له سلعة معيبة يريد بيعها ينبغي أن يبين حتى لا يقع المشتري في الغرور، وقال بعض مشايخنا: لو لم يبين وباع، صار فاسقاً مردود الشهادة، ولا نأخذ به.

١٣٠٥٨ - قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير: ولا بأس ببيع من يزيد، وهو بيع الفقراء، وبيع من كسدت بضاعته، وقد صح أن رسول الله ﷺ باع قدحاً وحلساً، وقال ﷺ: «من يشتري هذا القدح والحلس» ببيع من يزيد[1]، والناس تعاملوا بيع المزايدة في الأسواق من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير منكر.

١٣٠٥٩ - والاستيام على سوم الغير مكروه، قال عليه الصلاة والسلام: «لا يستام الرجل على سوم أخيه»[2]، وظن بعض الناس أن بيع المزايدة استيام على سوم الغير، وليس كذلك.

والفرق بين بيع المزايدة وبين بيع الاستيام على سوم الغير عرف أن صاحب المال إذا كان ينادي على سلعة، فطلبه إنسان بثمن، فكف عن النداء، وركن إلى ما طلب منه ذلك الرجل، فليس للغير أن يزيد في ذلك، وهذا استيام على سوم الغير، وإن لم يكف عن النداء، فلا بأس لغيره أن يزيد، ويكون هذا بيع المزايدة، ولا يكون هذا استياماً على سوم الغير، وإن كان الدلال هو الذي ينادي على السلعة، وطلبه إنسان بثمن، فقال الدلال: حتى أسأل المالك، فلا بأس للغير بأن يزيد في هذه الحالة، فإن أخبر الدلال المالك بذلك، فقال: بعه بذلك، وقبض الثمن، فليس للغير أن يزيد بعد ذلك، وهذا استيام على سوم الغير، وهذا لأن النهي عن الاستيام على سوم الغير لدفع الوحشة، والوحشة إنما تحصل إذا ركن صاحب السلعة إلى ما طلب منه، وعزم على بيعها بذلك، أما قبل ذلك فلا.

١٣٠٦٠ - وإذا باع العصير ممن يتخذه خمراً، فلا بأس به، وهذا قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يكره.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٧٢٧) باب الشروط في الطلاق، ومسلم في صحيحه (١٥١٥) باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، وابن حبان في صحيحه (٤٩٦٠)، والحاكم في المستدرك (٢٣٩٥)، وأبو عوانة في مسنده (٤٨٩٠)، والبيهقي في سننه الكبرى (١٠٦٦٩) باب لا يسوم أحدكم على سوم أخيه، والنسائي في المجتبى (٤٤٩١) باب بيع المهاجر للأعرابي، والطبراني في الأوسط (١١٢٧) وغيرهم.

(٢) أخرجه الضياء المقدسي في الأحاديث المختارة (٢٦٦٢)، والنسائي في سننه (٤٥٠٨) باب بيع فيمن يزيد، وفي الكبرى (١٠٩٩٦)، وأحمد في مسنده (١١٩٨٦)، وذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/٢٣)، وعزوه إلى أصحاب السنن الأربعة.

١٣٠٦١ - وأجمعوا على أنه إذا باع العنب أو الكرم ممن يتخذه خمراً أنه لا بأس به ، فوجه قولهما ، وهو الفرق بين العنب والعصير أن في العصير الفساد ، والفتنة من المشتري تحصل بعين ما تناوله العقد ، فصار كبيع السلاح من أهل الفتنة في أيام الفتنة ، وفي فصل العنب الفساد ، والفتنة من المشتري لا تحصل بعين ما تناوله العقد بل تحصل بعين آخر ، فإن ما تناوله العقد يتبدل ، وكأنه بمنزلة ما لو باع الحديد من أهل الفتنة ، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الفتنة والفساد لا تقع إلا بعد تغير المعقود عليه في نفسه ، فلا يكره كبيع الحديد من أهل الفتنة والفساد .

١٣٠٦٢ - ولا بأس ببيع السرقين ، ويكره بيع العذرة يريد به الخالصة ، فإن كانت مخلوطة بالتراب ، فلا بأس ببيعها عندنا .

١٣٠٦٣ - وقال محمد رحمه الله تعالى في "الجامع الصغير" : عن أبي حنيفة تعالى عنه : في رجل اشترى من آخر جارية شراء فاسداً بألف درهم ، وتقابضا ، ثم تصرف كل واحد منهما فيما صار له ، يعني المشتري في الجارية ، والبائع في الدراهم ، وربح طاب للبائع ما ربح من الدراهم ، ولم يطب للمشتري ما ربح في الجارية ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد .

يجب أن يعلم أن الخبث نوعان : خبث لعدم الملك ظاهراً ، وخبث في الملك لفساد سببه ، والمال نوعان : نوع يتعين بالتعيين ، كالعروض ، ونوع لا يتعين بالتعيين ، كالأثمان ، فإن كان الخبث لعدم الملك يعمل في النوعين جميعاً في العروض والأثمان حتى لا يطلب الربح ، كالمودع يتصرف في الوديعة [عرضاً أو ثمناً ، وكالغاصب إذا تصرف في المغصوب وربح](١) لا يطيب له الربح ، سواء كان المغصوب عرضاً أو ثمناً ؛ لأن الخبث لعدم الملك ، غير أن الثابت في العرض حقيقة الخبث ؛ لأن العقد يتعلق بمال غيره ، وقت المباشرة ، وإن كان في الثاني يصير مملوكاً للغاصب ، والثابت في الأثمان شبهة الخبث ؛ لأن العقد لم يتعلق به استحقاق ، وإنما تعلق به إشارة ، وهي ملك الغير ، فصار ملك الغير وسيلة إلى الربح من وجه ، فيتمكن فيه شبهة الخبث ، فيجب التصدق ، وإن كان الخبث في محل مملوك له بفساد سببه يعمل في العروض حتى لا يطيب له ما ربح في العروض ، ولا يعمل في النقود حتى يطيب ما ربح فيه عند فساد السبب ، هذا هو طريق بعض المشايخ في تخريج المسألة ، وطريق بعضهم أن العقد

---

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م" .

لا يتعلق بالدراهم المملوكة بالعقد الفاسد [عينها[1]] يتعلق بمثلها ديناً في الذمة ، لأن الدراهم لا تتعين في عقود المعاوضات ، فالربح على مثل الدراهم المملوكة بالعقد الفاسد لا على عينها ، فطاب له ، فأما الجارية ، فقد تعلق بها العقد ، فكان الربح [حاصلا على ملك][2] بعقد فاسد والعقد الفاسد معصية ، وكان فيه نوع خبث ، والربح الحاصل من أصل الخبث سبيله التصدق ، وطريق بعضهم أن الفساد ساقط الاعتبار حكماً في حق الدراهم والدنانير ؛ لأن حق المالك انقطع عن العين حتى لا يجب على القابض والمقبوض بعينه ، ولو كان للفساد عبرة في جانب[3] الدراهم والدنانير لكان لا ينقطع حق المالك عن العين ، كما في جانب المبيع ، فصار وجود البيع الفاسد وعدمه بمنزلة في حق الدراهم والدنانير ، بقي مجرد الإذن بالقبض للتصرف فيه من غير بيع ، ولو أذن له بالقبض للتصرف من غير بيع كان قرضاً ، وكان التصرف فيه مباحاً ، كذا ههنا ، فأما الفساد غير ساقط الاعتبار حكماً في حق الجارية ؛ لأن حق المالك لا ينقطع عن عينها ، فهذا ربح حصل من أصل ملك بسبب فاسد ، فلا يطيب له .

١٣٠٦٤ - وذكر محمد رحمه الله تعالى في إجارات الجامع الكبير : حكم الدراهم المملوكة بعقد فاسد في طيبة الربح على نحو ما ذكره في الجامع الصغير .

وذكر بعض المشايخ في شرح الجامع الكبير : أن هذا الجواب إنما يستقيم على الرواية التي تقول : بأن الدراهم [والدنانير[4]] متى ملك ببيع فاسد ينقطع حق المالك عن عين الدراهم والدنانير ، أما على الرواية التي تقول : بأن المالك حقه لا ينقطع عن عينها ، وللمالك أن يأخذ عينها ، يجب أن لا يطيب له الربح ؛ لأن الفساد بقي معتبراً في حقها حكماً ، فهذا ربح حصل من ملك استفيد بسبب فاسد ، فلا يطيب له .

١٣٠٦٥ - وذكر في إجارات الجامع : أن من استقرض من آخر ألفاً على أن يعطي المقرض كل شهر عشرة دراهم ، وقبض الألف ، وربح فيها ، طاب له الربح ؛ لأنه ربح استفاد بسبب مباح ؛ لأن استقراض الألف على أن يعطي المستقرض المقرض كل شهر عشرة إجارة للألف ليتصرف فيها ، وهذه إجارة باطلة ؛ لأنها إجارة ما لا يمكنه الانتفاع به إلا بعد استهلاكه ،

(١) وفي ف : حتى إنما .

(٢) هكذا في النسخ الثلاثة التي عندي ، وكان في الأصل : على ما حصل .

(٣) وفي م : في حق الدراهم

(٤) هكذا في ف و م ، وكان في الأصل والنسخة ظ : المعوذة

بعرض، ثم باع العرض بدراهم، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: يتصدق بالفضل عما ضمن من قيمة العبد المغصوب، وكذلك لو اغتصبه ألف درهم، واشترى بها عبدًا، فباعه [بألفين][1] بألفين، ثم اشترى بالألفين[2] عرضًا، وباعه بأكثر من ذلك.

١٣٠٧١ - وقال أبو يوسف في المسألتين جميعًا: يطيب له الفضل، ولو اشترى أمة شراءً فاسدًا، وبيعه فاسدة: فإنه يحل له وطء هذه الأمة، ولم يكن يحل له وطء الأولى.

قال ابن سماعة: ويروي أصحابنا أنه قال، يعني أبا يوسف: لو باع هذه الأمة الثانية تصدق بما زاد على قيمة الأمة الأولى التي ضمن قيمتها، ووافق أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه في البيع الفاسد، فإنه يقول: لو باع المبيعة بيعًا فاسدًا بعرض، ثم باع ذلك العرض بفضل عما ضمن من قيمة البيع الفاسد أنه يتصدق بالفضل، وجعل البيع الفاسد أشد من الغصب في هذا.

١٣٠٧٢ - هشام عن محمد رحمه الله تعالى: في رجل اشترى من رجل دجاجة ببيضة بغير عينها، فلم يقبض الدجاجة حتى باضت خمس بيضات [قبض البيضة التي هي ثمن تقسم على الدجاجة وعلى خمس بيضات][3]، فما أصاب الدجاجة أخذها به، وما أصاب البيضات الخمس أخذ حصة ما يصيب البيضة من البيضة، ويتصدق ببقية البيض، ولو اشتراها ببيضة بعينها، فهو جائز كله.

وكذا لو اشترى نخلة بكذا من رطب بغير عينه، فلم يقبض النخلة، حتى النخلة حملت رطبًا، فإن اشتراها بتمر بعينه، فهو جائز على نحو ما بينا.

١٣٠٧٣ - بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: لو باع درهمًا من نصراني بدرهمين، ثم أسلم، قال: إن عرف صاحبه، فليرد عليه الفضل، وإن لم يعرف يتصدق به.

١٣٠٧٤ - وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى أمة بيعًا فاسدًا، وقبضها، وباعها، وقضى القاضي عليه بالقيمة للبائع الأول، وأداها إليه، وأبرأه البائع الأول من الثمن، وفي الثمن الثاني فضل على القيمة التي أداها، فإنه يتصدق بذلك الفضل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وبما طاب للمساكين [على قياس اللقطة،

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ و م ود.

(٢) وفي ظ: ثم اشترى بالألفين، ثم باعه بأكثر من ذلك ... إلخ

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبتت هذه العبارة من م.

وقال في هذا الربح لا يطيب لهذا المشتري، وإن كان فقيرًا من قبل أنه اكتسبه بمعصية، ويطيب للمساكين][1]، وهو أطيب له من اللقطة؛ لأنه يملك الذي يتصدق به، فإن لم يتصدق بالربح حتى عمل بالثمن، وربح ربحًا فيما فيه جوع كله ربح، فإنه يتصدق بالفضل في جميع ذلك.

١٣٠٧٥ - ولو غصب مالًا، أو عمل بوديعة، أو مضاربة خالف فيها، وربح تصدق بالفضل في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه.

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يطيب له الفضل من قبل أنه كان له أن ينقد من ذلك غير الغصب، ولو اشترى بغير الغصب ونقد الغصب، أو اشترى بالغصب، ونقد غير الغصب، فهو كذلك في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: لا يتصدق بهذا إنما يتصدق إذا اشترى به، ونقده.

١٣٠٧٦ - وقال أبو يوسف: رجل اشترى جارية بألف درهم، فولدت في يد البائع ولدًا، وقبضهما المشتري، وفيهما فضل كثير على الثمن، فذلك طيب له، ولو قتلا في يد البائع، واختار المشتري، وأخذ القيمة، فإنه يتصدق بالفضل، ولو قتل الولد وحده[2]، فإنه يتصدق بفضل قيمته على حصته من الثمن.

١٣٠٧٧ - ولو اشترى عبدًا بألف درهم، فقتله عبد قبل القبض، فدفع به، أخذه المشتري، وفي قيمته فضل على الثمن، فليس عليه أن يتصدق به؛ لأنه عرض، وليس يحتسب بالفضل في العروض، إنما يحتسب به في الدراهم والدنانير، ولو باع هذا العبد بفضل أكثر مما كان فيه، أو أقل، فإنه يتصدق بالفضل، ولا يجاوز ما كان فيه، إنما يتصدق بالأقل من الربح الذي صار فيه، ومن الفضل بالقيمة يوم قبض هذا العبد، ولو باع هذا العبد بعرض لا يتصدق بشيء، وإن كان فيه فضل، فإن باع ذلك بدراهم أو دنانير فيها فضل، فإني أنظر إلى قيمة العبد المدفوع بالجناية يوم قبضه، فإن لم يكن فيه فضل يومئذ لم يتصدق بشيء، وإن كان في قيمته فضل يومئذ نظر إلى ذلك الفضل، فإن[3] هذا الربح الذي صار في يده، فيتصدق بالأوكس[4].

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه الزيادة من م.

(٢) هكذا في النسختين: م و ب، وكان في الأصل و ظ: الواحد.

(٣) وفي م و ب: وإلى مكان فإن.

(٤) هكذا في النسختين: ف و م، وكان في الأصل: بالأكثر.

فصل
في الاحتكار

١٣٠٧٩ - الاحتكار مكروه، وذلك على وجوه: أحدها: أن يشتري طعاماً في مصر، أو ما أشبهه، ويحبسه، ويمتنع من بيعه، وذلك يضر بالناس، فهو مكروه للحديث المعروف، والمعنى فيه أن حق العامة تعلق بما جلب إلى المصر، فالمحتكر بالاحتكار يريد إبطال حقهم، فلا يطلق له ذلك.

والثاني: أن يشتري طعاماً في مكان قريب من المصر، فيحمله إلى المصر، ويحبسه، وذلك يضر بأهل المصر، فهو مكروه أيضاً للحديث، ولأنه إذا كان يحمل طعام ذلك المكان إلى المصر تعلق به حق أهل المصر، فلا يطلق في إبطال حقهم بالاحتكار، وهذا قول محمد رحمه الله تعالى.

١٣٠٨٠ - وقال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: إذا اشترى طعاماً في غير المصر وحمله إلى المصر، فلا بأس به من غير فصل بين ما إذا كان المكان الذي يشتري فيه الطعام قريباً من المصر، أو بعيداً عنه، من غير فصل بين ما إذا كان يحمل الطعام إلى المصر، أو لا يحمل، وهذا لأن حق أهل المصر إنما يتعلق بطعام جمع في المصر، أو جلب إلى فنائه، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى روايتان، في رواية مثل ما قاله أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه.

١٣٠٨١ - وفي رواية: إذا اشترى به من مسافة مثله، وحمله إلى المصر، واحتكر فيه يكره. الثالث أن يشتري طعاماً في مصر، ويحمله إلى مصر آخر، ويحتكر فيه، فإنه لا يكره؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون»[1]، ولأن حق أهل المصر لا يتعلق بطعام مصر آخر، وكذلك لو زرع أرضه، وادخر طعامه، فإنه لا يكره؛ لأنه في معنى الجالب؛ لأنه حدث بكسبه، ولأن ذلك خالص حقه، ولم يتعلق به حق غيره، فلا يكون احتكاره إبطالاً لحق الغير، ولكن يستحب له أن يبيع فضل ما يكفيه، وإذا قلت المدة لا يكون احتكاراً؛ لأن الناس لا يتضررون في مدة قليلة، وإن طالت المدة يكره احتكاره؛ لأنهم يتضررون في مدة طويلة، فلا بد من حد فاصل بينهما، وفي الحديث حد الطويل

---

(١) أخرجه ابن ماجه في باب الحكرة والجلب، برقم ٢١٥٣، والدارمي باب في النهي عن الاحتكار برقم ٢٥٤٣، والبيهقي باب ما جاء في الاحتكار برقم ١٠٩٣١.

بأربعين فهو يكون قليلاً. وعن أصحابنا أنهم قدروا الطويل بشهر فما دونه يكون في حكم القليل، ثم يقع التفاوت في الاحتكار بين أن يتربص العسرة وبين أن يتربص القحط، فإن الثاني أعظم من وبال الأول، وفي الجملة التجارة في الطعام غير محمودة.

١٣٠٨٢ - قال محمد رحمه الله: ويجبر المحتكر على البيع، ولا يسعر، أما الجبر على البيع؛ لأن فيه نظراً للعامة، وفي عدم الجبر إضرار بهم أكثر مما في بيعه؛ لأن في الجبر ضرر بالمحتكر، إلا أن في هذا ضرر خاص، والضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام، قيل: الجبر على البيع يجب أن يكون على قولهما. أما على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لا يجبر؛ لأن الجبر على البيع نوع حجر، وهو لا يرى الحجر على الحر، وإنما لا يسعر؛ لما روي أن السعر قد غلا بالمدينة، وطلب من النبي ﷺ أن يسعر، فأبى، وقال: "إن الله تعالى هو المسعر القابض الباسط الرازق"[1]، وقال في حديث آخر: "إن الله يخفض ويرفع وإني لأرجو أن ألقى الله تعالى وليس لأحد منكم عندي مظلمة"[2]، ولأن الثمن حق العاقد؛ لأنه يقابل ملكه، فيكون التقدير إليه، إلا إذا أغلى فيه بأن يريد أن يبيع قفيزاً منه بمائة، والناس يشترون منه بخمسين، فيمنع البائع عنه دفعاً للضرر عن الناس.

١٣٠٨٣ - فإن رفع أمر المحتكر إلى الحاكم، فالحاكم يأمره ببيع ما هو فاضل عن قوته، وعن قوت أهله على اعتبار السعة في قوته وقوت أهله، وينهاه عن الاحتكار، فإن انتهى فبها ونعمت، وإن لم ينته ورفع إلى القاضي مرة أخرى، وهو مصر على عادته، يعظه ويهدده، فإن رفع إليه مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى؛ لأنه ارتكب ما لا يحل، وليس فيه حد مقدر، ومن ارتكب ما لا يحل وليس فيه حد مقدر يعزر عليه، وإن كان أرباب الطعام يتحكمون على المسلمين، ويتعدون عن القيمة تعدياً فاحشاً، وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير، فلا بأس بالتسعير بمشورة من أهل الرأي والبصيرة، فإذا فعل ذلك، ثم

(١) أخرجه الترمذي في سننه (١٣١٤): باب ما جاء في التسعير، وأبو داود في سننه (٣٤٥١) أيضاً: باب في التسعير، وابن ماجه في سننه (٢٢٠٠) أيضاً: باب من كره أن يسعر، وأحمد في مسنده (١٤٠٨٩)، والطبراني في المعجم الصغير (٧٩٠)، والدارمي في سننه: باب في النهي عن أن يسعر في المسلمين، وعبد الرزاق في مصنفه (١٤٨٩٥-١٤٨٩٧)، والطبراني في (٣١٦)، وأبو يعلى في مسنده (٢٨٦١).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٥٠): باب في التسعير، وأحمد في مسنده (٨٤٢٩)، والطحاوي في كتاب الآثار (٨٣٤)، والقضاعي في الحكم (١٢٧)، والبيهقي في الكبرى (١٠٩٢٩): باب التسعير، وأبو يعلى في مسنده (٦٥٢١).

تعدى رجل عن ذلك القدر، فباعه بثمن فوق إجازة القاضي، يمضي إمضاؤه، ولم يبطله، أما على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: فظاهر؛ لأنه لا يرى الحجر على الحر، وفي إبطال بيعه نوع حجر عليه، أما على قولهما: فلأنهما إن كانا يريان الحجر على الحر، إلا أن الحجر هنا لم يوجد حتى لو حجر القاضي على قوم من أرباب الطعام بأعيانهم، تصير المسألة على الخلاف.

١٣٠٨٤ - ومن باع منهم بما قدر الإمام من الثمن، جاز بيعه؛ لأنه غير مكره على البيع، بل هو طائع، وذكر القدوري في شرحه: إذا خاف الإمام الهلاك على أهل مصر، أخذ الطعام من المحتكرين، وفرق، فإذا وجدوا، ردوا مثله، وهذا صحيح؛ لأن أهل مصر في هذه الحالة مضطرون إلى ماله، والحال حالة المخمصة، وحكم الشرع في المضطر إلى مال الغير حالة المخمصة هذا.

١٣٠٨٥ - قال: والتلقي إذا كان يضر بأهل البلدة، فهو مكروه، وإن كان لا يضر، فلا يكره، وصورة التلقي: أن يخرج من البلدة إلى القافلة التي جاءت بالطعام يريدون البلدة، ويشتريها خارج البلدة، وهو يريد حبسها، ويمتنع عن بيعها، ولم يترك حتى تدخل القافلة في البلدة، فإن كان يضر بأهل البلدة، فهو مكروه إذا كان في وقت الحاجة لأهل البلدة إليها، وإن كان لا يضر بأهل البلدة، فلا يكره إذا كان لا يلبس على أهل القافلة سعر أهل البلدة، ولا يوهمهم بأن أخبر أن قيمة الطعام في البلدة كذا، وهو صادق في ذلك، فأما إذا لبس عليهم سعر أهل البلدة، فهو مكروه لحق أهل القافلة(١) - والله أعلم -.

(١) وفي م ظ: لأهل القافلة

الفصل السادس والعشرون
في المتفرقات

١٣٠٨٦ - دار بين اثنين، باع أحدهما نصفه يجوز، وينصرف إلى نصيبه، هذا هو جواب الكتاب، وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني يقول: إن عين النصف، وقال: بعتك هذا النصف، لا يجوز، وإذا لم يعين النصف إنما باعه نصف الدار مطلقًا، يجوز.

١٣٠٨٧ - وسئل شمس الإسلام الأوزجندي: عن رجل مات، وترك ثلاث بنين وبنتين، فباع أحد البنين نصيبه من ابن آخر قبل القسمة من ضياع نصيبه، قال: إن كان نصيب الابن البائع معلومًا للمشتري جاز، وفي "شرح الطحاوي": أحد الورثة إذا باع شيئًا من التركة، ينظر إن باع نصيبه من كل شيء، والمشتري يعلم نصيبه يجوز، وإن باع شيئًا معينًا، لا يجوز؛ لأنه يحتمل أن لا يقع هذا في نصيبه، ومعنى قوله: لا يجوز: لا يجوز البيع في كل الشيء، أما في نصيبه، يجوز.

وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل ادعى شيئًا في يد رجل، فأقام على ذلك شاهدين، أو شاهدًا واحدًا، فقبل الحكم، باع المدعي عليه العين من رجل، أو وهبه له، قال: لا يجوز بيعه، ولا هبته، وقال الحاكم أبو الفضل في "المنتقى": هذا الجواب خلاف جواب الأصل، يريد به فيما إذا أقام شاهدًا واحدًا، فقد ذكر محمد رحمه الله تعالى في "الجامع" في هذه الصورة: أن البيع جائز، وفرق بين الشاهد الواحد والشاهدين.

١٣٠٨٨ - وفي "فتاوى أبي الليث": رجل قال لآخر: إن لك في يدي أرض خربة لا تساوي شيئًا، فبعها مني بكذا ستة دراهم، فقال: بعتها، ولم يعرفها البائع، وهي تساوي أكثر من ذلك، فالبيع جائز؛ لأنه لما قال: في يدي، صار كأنه قال: أرض كذا، فإذا أجابه فكأنه قال: بعتك أرض كذا.

١٣٠٨٩ - وفي "المنتقى" عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: إذا قال الرجل لغيره: أبيعك هذه الدار تلجئة بألف درهم، أن البيع جائز، ولو قال لامرأة: أتزوجك متعة، فالنكاح باطل، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: البيع والتزويج جميعًا باطل.

١٣٠٩٠ - وفي "الإملاء": إذا قال البائع: هذا لك بألف هذا لك بألفين، فقال المشتري: قبلت البيع الأول بالألف الأول، لم يجز؛ لأن البائع رجع عن البيع الأول،

والتلفظ، ولو قال: قبلت البيع بثلاثة آلاف، فهو مثل قوله: قبلت البيع الذي بثلاثة الآلاف، فيكون البيع بألفين، والألف الأخرى زيادة إن شاء قبلها، وإن شاء لم يقبلها.

وعن محمد رحمه الله تعالى: أنه كان لا يرى بأسًا أن يبيع الرجل من الرجل من طين هذه الأرض عمقًا محفورًا.

وفي «الأصل»: إذا باع المشتري غنمًا بشرط أن يرد المشتري منها شاة، فالعقد فاسد؛ لأن المردود مجهول، وأنه يوجب جهالة الباقي، وإن باع أجود الغنم، أو أرداها، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في هذا الموضع أيضًا.

وفي «المنتقى»: إذا باع من آخر ثوبًا بعشرة دراهم على أن يعطيه المشتري كل يوم درهمًا، أو كل يوم درهمين، فإنه يعطيه في اليوم الأول درهمًا، وفي اليوم الثاني ثلاثة دراهم، وفي اليوم الثالث درهمًا، وفي اليوم الرابع ثلاثة دراهم، وفي اليوم الخامس درهمًا، وفي اليوم السادس درهمًا.

٦٢٠٩١ - وإذا باع الأرض بشربها، ولم يسم الشرب كم هو؟ ولا يعلمانه، فهو جائز. وذكر في «الجامع الصغير»: علو لرجل، وسفل لآخر، فسقطا جميعًا، ثم باع صاحب العلو موضع العلو لا يجوز. ولم يذكر ما إذا سقط العلو والسفل قائم على حاله، فباع صاحب العلو العلو، هل يجوز؟ والجواب أنه لا يجوز؛ لأنه بعد ما سقط العلو فقد كانت لصاحب العلو حق التعلي، وحق التعلي ليس بمال؛ لأنه متعلق بهواء فقط، وأنه ليس بمال، ومحل البيع ما هو مال، فالبيع لم يصادف محله، وهذا بخلاف الشرب، حيث يجوز بيعه تبعًا للأرض بالإجماع، ومقصودًا في رواية، وهو اختيار بعض مشايخ بلخ؛ لأن الشرب حظ من الماء؛ لأنه عبارة عن النصيب من الماء، ولهذا قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى: من أتلف على إنسان شربًا ضمن، في رواية، قال الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي: وإنما لا يجوز بيعه مقصودًا في رواية، وهو اختيار مشايخنا، لمكان الجهالة، حتى لو سقط اعتبار الجهالة بأن بيع الشرب مع الأرض حتى دخل الشرب في العقد تبعًا يجوز بيعه، بخلاف حق التعلي؛ لأنه ليس بمال على ما ذكرنا.

٦٢٠٩٢ - قال محمد في «الجامع الصغير» أيضًا: بيع الطريق وهبته جائز، وبيع مسيل الماء وهبته باطل، فإنه كان أراد بالطريق ومسيل الماء رقبة الطريق، ورقبة مسيل الماء، فوجه الفرق بين الطريق والمسيل؛ لأن الطريق معلوم الطول والعرض غالبًا، وإن لم يكن كذلك يمكن إعلامه ببيان طوله وعرضه، فكان المبيع معلومًا غالبًا. وأما المسيل فإنه لا يكون معلومًا غالبًا،

بخلاف حق التعلي ، فإنه ليس بمال ، فلا يقابله شيء من الثمن. وفي كتاب القسمة جعل للمرور قسطاً حتى إن من باع داره مع ممره ، واستحق الدار دون الممر ، يقسم الثمن على الدار دون الممر ، وكذلك قال في رجلين باعا طريقاً لأحدهما حق المرور ، وللآخر رقبة الطريق ، كان الثمن بينهما ، وقال الكرخي: تأويل المسألة الأولى أن تكون نفس عرصة الطريق بينهما ، وتأويل المسألة الثانية أن تكون عرصة الطريق بينهما ، ولأحدهما حق المرور ، أما مجرد حق الاستطراق لا يقابله شيء من الثمن ، وغيره من المشايخ أجروا على الظاهر ، وفرقوا بين حق الاستطراق وبين حق التعلي ، والفرق ما بينا أن حق المرور أعطي له حكم العين بطريق التبعية ، فجاز أن يكون بمقابلته شيء من الثمن ، بخلاف حق التعلي على ما ذكرنا.

١٣٠٩٤ - وفي «المنتقى»: رجل اشترى فصيلاً من رجل على أن يقصله ، فتركه في الأرض بغير إذن رب الأرض ، أو بإذنه حتى تسنبل ، ثم حصده ، فإن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه ، قال: هو للبائع كله ؛ لأنه تحول عن حاله قبل القبض من قبل أن الفصيل يقصل ، ثم ينبت ويحصد ، قال: وليس الرطبة والقصب هكذا ، فإن لم يزد ولم يسنبل ، كان للمشتري مثل الرطبة ، ويتصدق بالفضل إن كان تركه بغير إذنه ، وقال أبو يوسف في الأول أيضاً: هو للمشتري.

١٣٠٩٦ - وروى أبو سليمان عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا اشترى من آخر حنطة ندية مجازفة ، وقد رآها ، فلم يقبضها حتى [عفنت ، فلا خيار له ، ولو اشترى رطباً مجازفة ، وقد رآها ولم يقبضها حتى][1] صار تمراً ، فله الخيار.

١٣٠٩٧ - المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا قال لغيره: أبيعك من هذا الطعام قفيزاً بدرهم ، فاشترى ذلك منه ، ولم يقبضه حتى أصابه ماء ، وزاد ، قال: إن كان عنده طعام من ذلك الضرب ، فإنه يعطيه قفيزاً منه ، وإن لم يكن فالمشتري بالخيار: إن شاء قبض منه قفيزاً من هذا الطعام ، وإن شاء ترك.

١٣٠٩٨ - وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: اشترى جارية ، وشرط البائع أنها خبازة أو مشاطة [وقبضها على ذلك ، ثم هلكت عنده ، ثم أقر البائع أنها لم تكن خبازة ولا مشاطة][2] ، قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: لا يرجع على البائع بشيء من ذلك ؛ لأن ذلك ليس بعيب ، وإن كانت قائمة ، أو وجدها من جنس دونه ، بأن شرط البائع له

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ و ب وف.

(٢) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ و ب وف.

أنها حبشية مثلاً ، فإذا هي هندية ، فإنه يردها إن كانت قائمة ، وإن كانت هالكة ، فلا يرجع بشيء ، وكذلك قال أبو يوسف رحمه الله تعالى قال : لأني لا أدري كيف آخذ [من الجنسين][1] ، ولا يعلم فضل ما بين الجنسين لو شرط له طبرزيًا ، فوجده صغديًا ، فليس في الأرض أحد يعلم فضل ما بين هذين ، وقد يكون من هذا الجنس ما هو خير من ذلك الآخر .

قال : وأما الخبازة فإنها تقوم عينها خبازة وغير خبازة ، أشار أبو يوسف رحمه الله تعالى إلى أنه موافق لأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه فيما ، إذا وجدها من جنس دونه أنها إن كانت قائمة ، يردها ، وإن كانت هالكة ، لا يرجع بشيء مخالف له فيما إذا شرط أنها خبازة ، فإذا هي غير خبازة ، وقد ماتت في يد المشتري ؛ وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في مسألة الخبازة مثل قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ذكر المسألة بعد هذا

قال : وكذلك كل ما يزرع وكل ما يوزن من الآنية والأوعية ، وفي نسخة . والأوعية ما لا ينقص ، فأما ما ينقص من الكيل والوزن له ، فإنه يرجع به بنقصانه في قولهم جميعًا .

١٣١٩٩ - وفي "القدوري" : ولو اشترى عصيرًا ، فتخمّر قبل القبض ، فالبيع على حاله في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى .

وذكر محمد رحمه الله تعالى في "الأصل" : أن البيع باطل ؛ لأن الخمر ليس محلاً للبيع ، ولهذا لو اشترى خمرًا لا يملك بحال ، كما لو اشترى ميتة ، فصار التخمر قبل القبض بمنزلة الهلاك ، وهلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان العقد .

قال أبو الحسن معنى قول محمد رحمه الله تعالى : إن البيع باطل أن للمشتري أن يبطله ، واستدل على هذا التأويل بما إذا صارت خلاً قبل الفسخ أنه يكون له أن يأخذه ، ولو بطل العقد ، لم يكن له حق الأخذ ، ومعنى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى : إن العقد على حاله أنه لم يبطل بعد ، أما يفسد[2] بلا شك ، ووجه هذا أن صحة العقد كان باعتبار المالية والتقوم ، وبالتخمر إن سقطت القيمة ؛ لم تبطل المالية حتى لو اشترى به شيئًا ملك ، ولو زالت القيمة والمالية جميعًا ، انفسخ العقد ، كما لو مات المبيع قبل القبض ، ولو بقيا جميعًا بقي العقد جائزًا ، فإذا زال أحدهما ، وبقي الآخر ، ارتفع الجواز ، ولم يرتفع أصل العقد إلا أن هذا الفساد إنما يكون بعارض على شرف الزوال ، فإذا زال صار كأن لم يكن ، وهو معنى تأويل أبي الحسن لقول محمد رحمه الله تعالى .

---

(١) هكذا في النسختين : "م" و "ف" ، وكان في الأصل و "ظ" : منه الجنس .

(٢) وفي "ف" : أما لا يفسد بلا شك .

١٣٦٠٠ - وفي "المنتقى" : قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه : إذا اشترى عصيراً، وصار خمراً قبل أن يقبض المشتري، فلم يختصما حتى صار خلاً، فالمشتري بالخيار، إن شاء أخذها بقيمتها، وإن شاء تركها، وقال أبو يوسف : بطل البيع.

١٣٦٠١ - وفي "نوادر بشر" : عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : رجلان بينهما دار، فباع أحدهما نصف بيت منها شائعاً في البيت، والبيت معلوم، فإن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه قال : لا يجوز البيع؛ لأن فيه ضرراً على الشريك بقطعه نصيبه عليه عند القسم، قال : أرأيت لو باع نصف كل بيت من الدار، لم يقطع نصيب شريكه، قال : وكذلك الأرض.

١٣٦٠٢ - ولو كان بين رجلين عشر من الغنم، أو عشرة أثواب هروية مما يقسم باع أحدهما نصف ثوب بعينه من رجل، فإن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه، قال : هذا جائز، وكذلك الغنم، وهذا لا يشبه الدار[1] الواحدة، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : ينبغي أن يكون هذا والدار سواء في قوله.

ألا ترى أنه لو باع نصف كل شاة منها من رجل على حدة، لم يستطع شريكه أن يجمع له نصيبه فيها، فقد دخل عليه ضرر، ويقطع نصيبه، فكيف يختلفان.

١٣٦٠٣ - ولو أن رجلين بينهما أرض ونخل، باع أحدهما نصف نخل بعينه بأصله من رجل، لم يجز في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وهذا كالبيت الذي وصفنا.

ولو باع أحدهما نصف الأرض، واستثنى نصف النخيل بأصله، فإن هذا مثل ذلك في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وكذلك لو باعه نصف الدار شائعاً إلا سهماً[2] منها معلوماً، لم يدخل في البيع في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف : أنا أرى كل هذا جائزاً لا أنقض بيعاً من أجل قسمة، لا يدري أيكون أم لا يكون، ولا يدري لعلها إذا كانت لا تدخل في القسمة ضرر من قبل هذا البيع.

١٣٦٠٤ - قال محمد رحمه الله تعالى عنه : وإذا اشترى الرجل من غيره كراً من طعام مكايلة بمائة درهم، فاكتاله من البائع لتقبضه، ثم إنه ولى رجلاً بالثمن الأول، لم يكن للمشتري أن يقبضه إلا بكيل مستقبل، وإن كان المشتري الأول الذي باعه من هذا الثاني، اكتاله لنفسه بمحضر من المشتري الثاني؛ لأن الشراء الثاني حصل بشرط الكيل، وإن لم ينص فيه على الكيل باعتبار أن البيع الثاني بيع تولية، والتولية بعد[3] العقد الأول، وإقامة الثاني فيه

(١) هكذا في "م"، وكان في النسخ الثلاثة التي عندنا "ولا يشبه هذه الدار".

(٢) وفي النسختين : "أ" و"ب" و"ف" : "إلا جزءاً".

(٣) وفي "م" : "بنقل العقد".

مقام نفسه، وقد كان البيع الأول بشرط الكيل، فيكون الكيل مشروطاً في الثاني ضرورة، وإن لم يكن مشروطاً نصاً، فلا يكتفى بكيل بائعه، وهو المشتري الأول لما مر في أول الباب، فإن اكتاله المشتري الثاني، فوجده يزيد قفيزاً، رد الزيادة على المشتري الأول؛ سواء كانت هذه الزيادة زيادة تجري بين الكيلين [أو زيادة لا تجري بين الكيلين؛ لأنه زائد على المعقود عليه، فإذا ردها المشتري الثاني على الأول، ينظر إن كانت الزيادة مما تدخل بين الكيلين كانت][1] الزيادة للمشتري الأول لا يردها على بائعه، وإن كانت الزيادة مما لا تدخل بين الكيلين ردها المشتري الأول على بائعه، وهذا لأن الزيادة إذا كانت تدخل بين الكيلين، لا يمكن التحرز عنه، وذلك عفو، قال الله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ لَا نُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[2]، فهذا دليل على أن ما يدخل بين الكيلين من الزيادة والنقصان عفو، أما إذا كانت الزيادة لا تدخل بين الكيلين يمكن التحرز عنها، لا يجعل عفواً، هذا من حيث النص.

وأما من حيث المعقول، فهو أن الزيادة إنما ترد على البائع إذا ظهر خطأ الكيل الأول بيقين، وإذا كانت الزيادة تدخل بين الكيلين، لا يظهر خطأ الكيل الأول بيقين؛ لأن الثاني اجتهاد كالأول، فأما إذا كانت الزيادة لا تدخل بين الكيلين، ظهر الخطأ في الكيل الأول بيقين، لا بالاجتهاد، فيجب رده على البائع الأول، وإن وجده المشتري الثاني ناقصاً، كان للمشتري الآخر أن يأخذ المشتري الأول بحصته إذا لم يسلم له شرطه، فيرجع عليه، سواء كان النقصان تدخل بين الكيلين أو لا، هل يرجع المشتري الأول على بائعه إن كان النقصان مما يدخل بين الكيلين، قال: لا؛ لأنه لم يظهر الخطأ في الكيل الأول بيقين، وإن كان مما لا يدخل، ثبت ذلك بالبينة، أو بتصديق البائع، يرجع إذ ظهر الخطأ في الكيل الأول بيقين لا باجتهاد، فوجب الرجوع على البائع الأول بذلك؛ ثم إذا كانت الزيادة تدخل بين الكيلين، فالزيادة تكون للمشتري الأول، وإن كان هو ولى الثاني جميع ما اشترى؛ لأنه ولاه ما اشترى باسم الكر، وقد سلم له ذلك، وكان الفضل رزقاً ساقه الله تعالى إليه، وكذلك لو كان البيع الثاني مرابحة؛ لأن المرابحة بيع ما اشترى بمثل الثمن الأول، إلا أنه زاد فيه ربحاً، ولما كان كذلك كان في اقتضاء الكيل مثل التولية، ولو كان المشتري الأول باع من الطعام قفيزاً، ودفعه إلى المشتري، وقبض ثمنه، ثم إنه باع الباقي على أنه كر بمثل ما اشتراه تولية، فاكتاله الثاني، فوجده كراً تاماً، فكذلك جائز، ولا خيار له؛ لأنه سلم له جميع ما اشترى، ولكن ثمن الكر يقسم على

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، أثبتناه من ظ و م و ب.

(٢) سورة الأنعام: الآية ١٥٢.

أحد وأربعين قفيزاً، فما أصاب القفيز سقط عن المشتري الثاني، وذلك جزء من أحد وأربعين جزءاً من الثمن، ويرده البائع؛ لأن التولية بيع ما للمشتري بما قام عليه، وقد حصل له بمقابلة القفيز شيء، فلو لم يحط عن المشتري ذلك القدر جعل بيع الثاني بزيادة على ما اشترى تولية، فصار ذلك خيانة، وأنه يمكن التحرز عنه، فوجب حط قدر الخيانة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى من غير خيار، وعند محمد يخير إن شاء أخذ الكل بجميع الثمن، وإن شاء ترك. ولو كان العقد الثاني مرابحة، والباقي بحاله، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد: للمشتري الخيار، إن شاء رده، وإن شاء أمسكه بجميع ثمنه، وعلى قول أبي يوسف يحط قدر الخيانة وحصتها من الربح، وهذه المسألة من مسائل الأصل.

١٣٢٠٥ - قال في الجامع أيضاً: إذا اشترى كراً على أنه أربعون قفيزاً، وكاله البائع فوجده أربعين قفيزاً، وتقابضا، فأصاب الطعام ماء من المطر، فزاد حتى صار خمسين قفيزاً، وأفسد الماء الطعام جاز للمشتري أن يبيعه مرابحة من غير بيان [لأن العيب حدث بآفة سماوية، وهذا لا يمنع بيع المرابحة من غير بيان][1]، فإن ولاه رجلاً، أو باعه مرابحة على أنه كر [أربعون قفيزاً][2]، فوجده خمسين قفيزاً، كان للمشتري منه أربعون قفيزاً، والمشروط له هذا القدر، وكان للمشتري خيار الرد بالعيب إن لم يعلم به وقت الشراء، وإن علم ليس له ذلك، لرضاه بالعيب. وإن كان الطعام رطباً، وباعها مرابحة على أنه كر، فكاله المشتري، فإذا هو ينقص عن الكر، فالمشتري الآخر بالخيار إن شاء ترك لتغير في صفته، وإن شاء أخذها بحصتها من الثمن. وإن اشترى كراً على أنه أربعون قفيزاً، فكاله، وقبضه، فولاه رجلاً، أو باعه مرابحة، فلم يكله له حتى أصاب الطعام ماء، فزاد عشرة، ثم كاله، فوجده خمسين قفيزاً، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ، وإن شاء ترك لتغير المعقود عليه في ضمان البائع على ما مر، ومتى اختار الأخذ أخذ أربعين قفيزاً؛ لأن المشروط له هذا القدر، ويسلم ما بقي من الطعام وهو عشرة أقفزة للبائع الثاني، ولو أن البائع الثاني كال الطعام للمشتري الثاني قبل أن يصيبه الماء، وكان أربعين قفيزاً، ثم أصابه الماء في يد بائعه، فصار خمسين قفيزاً، وأفسده الماء، فللمشتري الثاني الخيار لتغير المعقود عليه في ضمان البائع، وإن اختار الأخذ أخذ الكل؛ لأن البيع قد تم بالكيل، فكانت الزيادة الحاصلة زيادة في المبيع.

ولو نقص قفيزاً من الكر، فأصابه الماء قبل أن يقبضه، فللمشتري الخيار، إن شاء قبض من

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبتت هذه العبارة من م.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبتت هذه العبارة من ب.

ذلك الكر قفيزاً، وإن شاء ترك، وإن كان قد كال القفيز، وأفرزه؛ لما ذكرنا أن الكيل في غير المعين قبل التسليم هدر، فكان له الخيار كما قبل الكيل، إلا أن يكون الماء أصاب المفرز دون غيره، فيأخذ قفيزاً من اليابس، ولا خيار لواحد منهما على ما مر قبل هذا.

١٣١٠٦ - رجل اشترى كر حنطة بمائة درهم على أنه أربعون قفيزاً، وكاله، فإذا هو أربعون قفيزاً، فقبضه المشتري، ثم تقايلا البيع، ثم كاله البائع، فإذا هو يزيد أو ينقص قفيزاً، فتصدقا إن ذلك من نقصان الكيل، ومن زيادة الكيل، فالزيادة مع الأصل للبائع، والنقصان عليه لا يحط بسببه شيء من الثمن، فكذلك إن كان رطباً وقت البيع، وهو كر تام، ثم جف ونقص عند المشتري، ثم تقايلا، فكتاله، فانتقص، وعلم أنه من الجفاف، وتصادقا عليه، فذلك كله للبائع، ولا يحط شيء من الثمن.

فرق بين هذا وبين التولية والمرابحة، فإن هنالك جعل لمشتري الثاني ما يتعين بالكيل، ولم يجعل الزيادة والنقصان عليه، وههنا جعل الزيادة والنقصان بعد الإقالة على البائع.

والفرق بينهما هو أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين، وإعادة إلى قديم الملك، وإنما تجب مراعاة الكيل في المبادلات، وفيما يملكه الإنسان بالشراء ابتداء لا فيما يعود إلى قديم ملكه، ألا ترى أنه لو فسخ العقد بخيار الشرط، أو بخيار العيب بقضاء أو بغير قضاء، لا يعتبر فيه كيل مبتدأ، أما التولية والمرابحة، فذلك بيع مبتدأ، فيعتبر فيه الكيل إذا حصل شرط الكيل، وقد حصل شرط الكيل [لأن المرابحة والتولية بناء على العقد الأول، والأول حصل بشرط الكيل[١]]، فكذا ما جعل بناء عليه.

١٣١٠٧ - قال محمد رحمه الله تعالى في «الجامع» أيضاً، في رجل اشترى من رجل حنطة بعينها على أنه قفيز اشتراها بدرهم، فلم يقبضه المشتري حتى أصابه ماء، فابتل، وكاله المشتري، فإذا هو قفيز، وربع قفيز، كان للمشتري الخيار، إن شاء أخذ منها قفيزاً بعينها بدرهم، وإن شاء ترك، وإنما أثبتنا له الخيار لتغير المعقود عليه في ضمان البائع، وإنما اقتصر ملكه على القفيز؛ لأن العقد إنما انعقد باسم القفيز، فإنما يدخل تحت العقد ما يظهر بالقفيز، لا ما وقعت الإشارة إليه؛ لأن ذلك من حكم بيع المجازفة، وهذا بيع مكايلة، ألا ترى أنه لو كاله قبل إصابة الماء، فوجده أزيد، رد الزيادة على البائع، ولو وجده أنقص، سقط حصة النقصان من الثمن، وإذا كان هكذا، فقبل الكيل لم يظهر قدر المبيع، فالزيادة الحاصلة بالماء، لم تكن زيادة في المبيع، فلم يسلم للمشتري، وإن كان البائع قد كال الطعام قبل أن يصيبه الماء بمحضر

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من «م».

من المشتري، فكان قفيزاً إلا أنه لم يدفعه إلى المشتري، ثم إنه أصابه الماء، فصار قفيزاً وربع قفيز، كان المشتري بالخيار، إن شاء أخذه كله بدرهم، وإن شاء تركه أيهما اختار، فلما صحّ وأمن سلامة الكيل له؛ لأن المعقود عليه ظهر قدره بالتقدير، وهو الكيل، والزيادة حادثة حاصلة في المبيع، فيسلم للمشتري، فصار كالنخيل إذا أثمر بعد البيع قبل القبض، وإنما اشترط أن يكون الكيل بحضرة المشتري؛ لأن المعقود عليه كان يظهر قدره بالكيل، صار الكيل شبيهاً بابتداء العقد، فشرط أن يكون بحضرة المشتري لهذا، ولهذا لو كانت حنطة رطبة في الابتداء، فيبس حتى نقص، وقد كان بعد الكيل يأخذه المشتري بجميع الثمن؛ لأن المعقود عليه قد تعين بالكيل ونقص بالجفاف، وإنما يفوت وصف الرطوبة، وبفوات الوصف لا يوجب سقوط شيء من الثمن، فإن كان نقص قبل الكيل، لا يأخذه إلا بحصته من الثمن؛ لأن المعقود عليه إنما تعين بالكيل، فإذا كان النقصان قبل الكيل فإنما يعين قدر ثلاثة أرباع قفيز، فيأخذه بثلاثة أرباع الدرهم، ويكون المشتري بالخيار، كما لو اشترى شيئين، فهلك أحدهما قبل القبض.

ألا ترى أنه لو اشترى هذا الطعام على أنه قفيز بدرهم، وكاله، فوجده يزيد، أو ينقص مقدار ما يجري بين الكيلين، فإن كان زائداً، أخذ المشتري قفيزاً منه بدرهم، وإن كان ناقصاً، أخذه بحصته من الثمن، ولو كاله البائع للمشتري بحضرة منه، فكان قفيزاً، فلم يأخذه المشتري حتى أعيد عليه الكيل، فإذا هو يزيد، أو ينقص قدر ما يكون بين الكيلين، لزمه بجميع الثمن؛ لأن المعقود عليه قد تعين بالكيل الأول، ولم يظهر خطأ الكيل الأول، حتى لو كانت الزيادة والنقصان قدر ما لا يجري بين الكيلين إن كان زائداً، رد الزيادة على البائع، وإن كان ناقصاً، أخذه بحصته من الثمن في الحالين جميعاً إذا ظهر به خطأ الكيل الأول.

١٣٦٠٨- وفي «المنتقى» عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: في عبدين لرجلين لكل واحد منهما عبد على حدة، وأحدهما أكثر قيمة من الآخر، ولا يعرف كل واحد منهما من عبد صاحبه، فباعهما أحدهما، فالثمن بينهما نصفان، وكذلك قال في ثوب رجل وقع في ثياب رجل، ولم يعرف بعينه، فإني أبيعها، وأقسم الثمن على عدد الثياب.

١٣٦٠٩- ولو أوصى رجل لرجل بشاة، والآخر بصوفها، فباعاها جميعاً، فإن الثمن لصاحب الشاة، وليس لصاحب الصوف شيء؛ لأن الصوف لا يباع على ظهر الشاة، ولو جعلت له نصيباً من الثمن أفسدت البيع، وكذلك الشاة وما في بطنها.

١٣٦١٠- وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في «الإملاء»: امرأة قالت لزوجها: خلعتني بالألف التي لي عليك، وقال الزوج: لا، ولكني خلعتك بالألف التي لنا،

على هذا العبد الذي في يديك ، وقالت هي : لم أشتره منك ، فأقامت هي بينة على الخلع ، وأقام الزوج بينة على بيع العبد ، أجزت البيع والخلع ، وضمنت المرأة ألفاً للزوج .

١٣١٦١ - وفي " نوادر هشام " عن محمد رحمه الله تعالى : رجل اشترى من رجل سمكة طرية ، وجحد البائع البيع ، فأقام بينة عليه ، فالقاضي يأمر المشتري بقبض السمكة ، ويدفع الثمن إلى البائع ، يريد به ما دام القاضي في المسألة عن الشهود ، ثم يقضي القاضي بالسمكة من المشتري والثمن من البائع ، ويبيع السمكة ، ويضع الثمن الثاني ، والأول على يدي عدل ، فإن عدلت البينة دفع الثمن الثاني إلى المشتري الأول ، والثمن الأول إلى البائع الأول ، وإن ضاع الثمن الثاني ضاع من مال المشتري يعني المشتري الأول ، وإن لم تعدل البينة ضمن المشتري يعني المشتري الأول قيمة السمكة للبائع .

قال [هشام : قلت لمحمد . وكذلك العصير والرطب قال : نعم ، قال][١] هشام : وسألته عن رجل ادعى على رجل أنه باع جاريته منه بألف درهم ، وجحد المشتري أن يكون اشتراها ، فحلفه القاضي ، فحلف هل يفسخ القاضي الشراء بينهما ، قال : لا ، قلت . قلت إن كان المدعي قبله ، قال بعد ذلك : هي حرة لوجه الله تعالى هل يكون هذا إقراراً منه بالشراء ، ويلزمه قيمة الجارية ، قال : لا ، قلت : فإن قال المدعي : [عتبه][٢] للمدعي إن كنت اشتريتها منك ، فهي حرة ، قال : عتقت الجارية ، ولم يلزم المدعى عليه قيمتها ؛ لأنها إنما عتقت بقول البائع . إني بعتها منك .

وفي " نوادر بشر " عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : رجل قال لآخر : بعتك ثوباً بعشرة دراهم ، وقبضته ، ولم أقبض الثمن ، وقال الآخر : أخذته منك رهناً بعشرة ، والثوب هالك ؛ قال : يضمن المرتهن الأقل من قيمته ومن عشرة .

١٣١٦٢ - وفي " نوادر ابن سماعة " عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : رجل قال لآخر : بعتك عبدي هذا أمس بألف درهم ، ولم تقبل ، وقال المشتري : قبلت ، فالقول قول المشتري ، ولو قال المشتري : قد اشتريت منك عبدك هذا أمس ، فلم تقبل ، وقال البائع : قد قبلت ، فالقول قول البائع ؛ لأن لفظة البيع ينتظم فعلهما جميعاً ، وإن قال لامرأته : طلقتك أمس بألف درهم ، فلم تقبلي ، فالقول قول الزوج ، والعتق على مال نظير الطلاق والإجارة ، والنكاح نظير البيع ، وأما الكفالة بالمال ، فينبغي في قياس قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه العبارة من " م " .

(٢) هكذا في " م " ، وكذا في النسخ الباقية التي عندنا " قبله " .

أن يكون القول فيه قول الضامن، فلا يلزمه الضمان إلا أن تقوم بينة على رضى المضمون له.

وعنه برواية ابن سماعة أيضاً: رجل عنده مملوك قال لغيره: بعتك مملوكي هذا قبل أن أملكه، قال: لا أصدقه، وألزمه البيع، وليس هذا كالطلاق والعتاق؛ لأن في البيع عقده ثم عقدها، ثم يريد أن يبطلها، وليس في الطلاق والعتاق عقدة.

وفي "نوادر بشر" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل قال: أشهدوا أني قد بعت عبدي من فلان بألف درهم، وفلان غائب، فقدم، فقال: قد كنت بعتنيه قبل ذلك المجلس، وهذا منك إقرار، وقال البائع: بل كان هذا مني ابتداء، فإن القول قول المشتري؛ لأن هذا الكلام يكون على ما مضى، وعلى ما يستقبل.

١٣١١٣ - وفي "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من رجل داراً بثمن معلوم، وأشهد بقبض الثمن، ثم أقام البائع بينة أن المشتري أقر بعد شراء الدار أن هذا الدار تلجئة في بيعه فإني أردها على البائع، ويأخذ المشتري الثمن من البائع.

وفي "نوادر بشر" عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى من رجل جارية بثمن معلوم وتقابضا، ثم اختلفا في ولدها، فقال البائع: قد ولدت قبل أن تشتريها، وقال المشتري: لا، بل ولدت بعد الشراء، فالقول قول من في يده الولد، والبينة بينة المشتري.

١٣١١٤ - ولو اشترى داراً من رجل، ونقد الثمن، واختلفا في باب الدار، وقد نزع من موضعه ووضع فيها، فقال المشتري: أنا نزعته بعدما اشتريت، وقبضت، وقال البائع: كان موضوعاً فيه وقت البيع، ولم يدخل في البيع، فالقول قول المشتري إن كانت الدار في يده، وإن كانت الدار في يد البائع، فالقول قوله مع يمينه، فإن نكل عن اليمين، دخل الباب في البيع، وللمشتري الخيار إن كان في تعليقه ضرر، وإن حلف يخير المشتري أيضاً، إن شاء أخذ الدار من البائع من غير باب، وإن شاء ترك، ويكون بعد أن يحلف بالله ما اشترى الدار مع الباب، وكذلك على هذا جميع بيوت نقض، أو نقض حائط، أو شجرة مقلوعة في أرض، أو ثمر مصروم من شجرة، فالقول في جميع ذلك قول الذي في يديه، وإن كان الثمر على شجر، والأرض في يد المشتري، فالقول قول المشتري، وإن كان في يد البائع، فقال المشتري: حدث بعد البيع، وقال البائع: كان قبل البيع، ولم أشترط، فالقول قول البائع، وللمشتري الخيار، إن شاء أخذ، وإن شاء ترك.

اشترى أمة، وتقابضا، واختلفا في الولد، فقال البائع: بعتك الأمة في رمضان عام أول، وكانت الولادة في شعبان، وأقام البينة، وقال المشتري: اشتريتها منك في شعبان،

وولدت في رمضان، وأقام البينة: والولد مشكل[1]، فالبينة في الولادة بينة البائع؛ لأن وقته أول.

ولو أقر البائع أنه أخذ من الأمة ثوبًا، أو دراهم قبل أن يبيعها [وقال المشتري: أخذت ذلك منها بعد ما اشتريت وقبضت][2]، فالقول قول المشتري، أما في الجماع والقبلة فالقول قول البائع.

١٢١١٥ - ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى: رجل اشترى من رجل عبدًا، وقبضه، وأدى الثمن، وأعتقه [ثم قال رجل للبائع: كنت بعتني الغلام قبل أن تبيعه من هذا وأعتقه][3]، وصدقه البائع في ذلك، قال: يأخذ البائع منه الثمن أيضًا، ويكون في يده نصفان، حتى يرجع المشتري الذي قبض الغلام وأعتقه إلى تصديق البائع، ويأخذ منه الثمن، ويصير الغلام مولى الذي ادعى أنه أعتقه أولًا. وإن كذبه الغلام أن يكون مولى للذي ادعى أولًا أنه أعتقه كان مولى للذي قبض وأعتق؛ لأن الغلام قد ثبت ولاؤه من الذي قبضه، وأعتقه، فلا يتحول إلا بتصديق الغلام.

١٢١١٦ - المعلى في نوادره: رجل قال لآخر: بعتك هذه الدابة بمائة درهم، وقال المدعى قبله: بل أجرتنيها بعشرة دراهم إلى الكوفة، فركب عليها، فإنه يحلف المدعى عليه على الشراء ما اشتريتها بمائة درهم، فإن حلف رجع عليه المدعي للبائع بالعشرة التي أقر بها من الإجارة؛ لأنه لم يكذبه، فإن قال بعد ما أقر له بالإجارة: إني لم أؤاجركها، فهذا كذب.

في المنتقى: إبراهيم عن محمد رحمه الله تعالى: إذا باع من آخر رطلًا من زيت في خابية، فقال المشتري: أعطني من خابية من غيرها، فللبائع أن لا يعطيه إلا من تلك الخابية التي وقع البيع عليها.

١٢١١٧ - وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل باع من آخر دارًا، ثم إن المشتري لقي البائع، وقال له: لم يتهيأ لي ثمن الدار، فافسخ العقد بيني وبينك، وتصدق علي بالدار التي بعتني، فقال البائع: قد تصدقت عليك بالدار، وفسخت البيع بيني وبينك، ولم يقل الآخر شيئًا بعد هذا الكلام، قال: أجيز ذلك، وأفسخ البيع فيه، قال: ولو

---

(١) هكذا في "ف"، وكان في النسخ الخطية التي عندنا: مشكل.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم و ف.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم و ف.

وضرر البائع بالدفع أولى من ضرر المشتري؛ لأن ضرر المشتري أدنى، فإنه إذا قبضه يتمكن من أكله، ومن بيعه من غيره، ويتمكن من رد المبيع، ورد المبيع على البائع، فهو متمكن من دفع هذا الضرر عن نفسه، أما البائع لا يتمكن من دفع ضرره عن نفسه، والضرر الذي يتمكن الإنسان من دفعه أدنى، والأدنى بالتحمل أولى، ومن يقول أن البائع رضي بهذا الضرر، هذا ممنوع؛ لأنه يحتمل أنه إنما باع رجاء أن يختار المشتري الفسخ أو الإجازة قبل الفساد، وإن رضي به لكن هذا ضرر محض، والضرر المحض لا يلزم بمجرد الرضا، ولكن لا يجبر المشتري على إعطاء الثمن وإن قبضه؛ لأنه إنما أجبرناه على القبض دفعًا للضرر عن البائع، وقد حصل هذا المعنى بالقبض، والثمن ملك المشتري مع بقاء خياره، فلا يجبر المشتري على إعطائه، ولكن إذا فسد عنده أو اختاره، حينئذ يلزم بإعطاء الثمن، وإن لم يفسد حتى نقض المشتري البيع، رده على البائع، ولا شيء عليه من الثمن.

وذكر هشام في «نوادره» عن محمد: أن من اشترى من آخر عصيرًا أو رطبًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، وخاف البائع تخمر العصير، وتغير الرطب مدة الخيار، فطلب قبض المشتري، فالمشتري لا يجبر عليه، وهو جواب القياس على نحو ما ذكرنا

١٣٦١٩ - وفيه أيضًا: أن من ادعى على آخر أنه اشترى منه سمكة طرية في يديه، وجحد البائع، فأقام المشتري بينة على الشراء، ويخاف فساد السمكة في مدة التزكية، وفيه ضرر بالبائع قال: يأمر القاضي المشتري حتى يقبض السمكة، ويدفع الثمن، ثم يبيع القاضي السمكة، ويضع الثمن الأول والثاني على يدي عدل، فإن زكيت البينة دفع الثمن الأول إلى البائع والثاني إلى المشتري، وإن ضاع في يدي العدل ضاع على المشتري؛ لأن بيع القاضي كبيعه، ولو لم تزك البينة ضمن المشتري قيمة السمكة؛ لأن الشراء لم يثبت، فبقي قبضها سمكة بجهة البيع، فيكون مضمونًا عليه.

١٣٦٢٠ - قال في «الزيادات»: رجل قال لغيره: هذا العبد بيني وبين فلان أثلاثًا، وهما غائبان فإنما أبيعك بألف، ولم يأمراني بذلك، فلعلهما يجيزان البيع [فاشتراه المشتري على ذلك، ونقد الثمن، ثم حضر الغائبان، ولم يجيزا البيع][1] لزم المشتري نصيب البائع.

واعلم بأن ههنا ثلاث مسائل: إحداها: هذه، والوجه فيه أن البيع تم في نصيبه من غير توقف، وتوقف في نصيب الغائبين على إجازتهما، فإذا لم يجيزا بطل، ولا خيار للمشتري، وإن تفرقت الصفقة عليه؛ لأن تفرق الصفقة إنما يوجب الخيار إذا وقعت الصفقة جملة في

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، م، ب.

١٣٢٣١ - قال: وإذا باع الرجل جارية من رجل، ثم غاب المشتري، ولا يدرى أين هو، فرفع البائع الأمر إلى القاضي، وطلب منه أن يبيع الجارية، ويوفي ثمنه، فإن القاضي لا يجيبه إلى ذلك قبل إقامة البينة. فإن أقام البينة على ذلك، ذكر أن القاضي يبيع الجارية من المشتري، وينقد الثمن للبائع، ويستوثق من البائع بكفيل ثقة، وهذا الذي ذكر جواب الاستحسان. والقياس أن لا تسمع هذه البينة، ولا تباع الجارية على المشتري، نص على هذا القياس والاستحسان في الجامع الكبير في كتاب الإجارات في باب الاختلاف بين اثنين في نظير هذه المسألة.

وجه القياس في ذلك ظاهر، وهو أن هذه بينة قامت على إثبات حق الغائب، وليس عن الغائب خصم حاضر لا قصدي ولا حكمي، فوجب أن لا يقبل قياسًا على ما إذا كان يعرف مكان المشتري، وقياسًا على من أقام بينة على إثبات حق على الغائب الذي لا يعرف مكانه لينزع شيئًا مما في يد الغائب، فإنه في هاتين الصورتين لا تقبل هذه البينة، وإنما لا تقبل لما قلنا.

ووجه الاستحسان: أن البائع عجز عن الوصول إلى الثمن من جهة المشتري إذا كان لا يعرف مكانه، وعجز عن الانتفاع بالمبيع؛ لأنه مال غيره، واحتاج إلى أن ينفق عليه إلى أن يحضر المشتري، وربما تأتي النفقة على الثمن وزيادة شيء، ومتى تعذر على القاضي حضور المشتري، فمتى لم يسمع هذه البينة من البائع أدى إلى إبطال حقه، والقاضي انتصب ناظرًا لإحياء الحقوق، فكان للقاضي أن يسمع هذه البينة ليندفع الضرر والبلية التي تحل بالبائع؛ لأن على القاضي دفع البلية عن الناس ما أمكنه، بخلاف ما إذا كان يعرف مكان البائع؛ لأنه كان يمكنه دفع الضرر والبلية عن البائع بأن يأمره بالذهاب إلى حيث كان المشتري، وإقامة البينة عليه. وبخلاف ما إذا ادعى حقًا على غائب لا يعرف مكانه، وأراد أن يقيم البينة على ذلك، لينزع شيئًا من يدي الغائب، فإن القاضي لا يسمع ذلك منه، وذلك لأن الأصل في مسألة البيع أن لا تسمع البينة على الغائب؛ لأنه ليس عنه خصم حاضر، إلا أنا تركنا القياس، فيما إذا كان لا يعرف مكان المشتري ليندفع البلية التي ابتلي بها البائع. وليس في قولنا: إزالة يد الغائب عما في يده؛ لأن حق البائع يستوفى من الجارية التي في يده لو ادعى أنها له كان القول قوله، وهذا لا يوجب ترك القياس إذا قامت البينة على انتزاع مال من يد الغائب في ذلك إزالة ملك الغائب ويده، حتى لو ادعى ذلك لنفسه لا يصدق فيه، وهذا على ما يقتضيه القياس، وأما شرط إقامة البينة في هذه المسألة؛ لأنه ادعى إيجاب الحفظ على القاضي في هذا المال؛ لأنه يزعم أنه

مال الغائب، وعلى القاضي حفظه؛ لأنه مما يخشى عليه التلف، فكان للقاضي أن لا يلتزم هذا الحفظ إلا بإقامة البينة على ذلك، ولو أن رجلاً جاء بدابة إلى القاضي، وقال: هذه لقطة فبعها، فإن القاضي لا يبيعها حتى يقيم البينة على ذلك؛ لأنه يدعي إيجاب حفظ على القاضي، فكان للقاضي أن لا يصدقه إلا ببينة، فكذلك هنا لا يصدقه، ولا يبيع إلا ببينة، لجواز أنه كان غاصباً لهذه الجارية، واحتال بهذه الحيلة ليبرئ نفسه عن ضمانها، ويسقط نفقتها عن نفسه، فكان للقاضي أن لا يتعرض له من غير بينة، إنما يوفيه الثمن لا من حيث إنه ثبت بما أقام من البينة دين على المشتري، ولكن من حيث إن في إيفائه حفظ الثمن على الغائب؛ لأنه يصير مضموناً على القابض بالمثل، فيكون بمعنى القرض، وللقاضي أن يقرض مال الغائب لما فيه من زيادة حفظ ليس في الإيداع، فكذا هذا.

والدليل على أن البيع وإيفاء الثمن كان على سبيل الحفظ من القاضي أنه لو فعل ذلك من غير بينة أقامها الحاضر، كان له ذلك، بأن يعرف ذلك القاضي[1]، وكذا لو فعل القاضي ذلك بعد إقامة البينة، ثم جاء الغائب، وجحد الشراء، وقال: الجارية جاريتي من الأصل، يحتاج البائع إلى إقامة البينة ثانياً، فلو صار البائع مقضياً عليه بالشراء، لكان لا يلتفت إلى إنكاره بعد ذلك، فهذا يبين لك أن ما فعله القاضي فعله على سبيل الحفظ، لا على سبيل القضاء على الغائب، ثم إذا باع القاضي الجارية، وأدى الثمن إلى البائع، فإنه يأخذ منه كفيلاً ثقة لجواز أنه أخذ الثمن من المشتري مرة، فمتى حضر المشتري احتاج إلى أن يرجع على البائع بالثمن، وربما لا يجد البائع، فيأخذ كفيلاً نظراً للمشتري، حتى إنه إن تعذر عليه اتباع البائع، تبع الكفيل، فيستوفي من الكفيل، ثم إن كان فيه وضيعة تكون على المشتري، وإن كان فيه فضل، فللمشتري؛ لأن بيع القاضي وله ولاية البيع على المشتري من الوجه الذي ذكرنا كبيع المشتري، ولو أن المشتري باع الجارية بنفسه، إن كان فيه وضيعة، تكون على المشتري؛ لأن الدين على المشتري، وقد أدى البعض، ولم يؤد البعض، فما لم يؤد يكون ديناً على المشتري، فكذا إذا باعه القاضي، وإن كان فيه فضل فله؛ لأنه بدل ماله، فيكون له، ثم وضع المسألة في الجارية، ولم يضع في الدار، ويجب أن يقال: بأنه في الدار لا يتعرض القاضي لذلك، ولا يبيع الدار؛ لأن القياس أن لا يبيع الجارية على المشتري، وإنما يبيعها استحساناً، لدفع النفقة عن البائع، وهو إسقاط النفقة عنه، وإنما يحتاج إلى إسقاط النفقة إذا كان المبيع حيواناً، وإن كان يعرف مكان المشتري، فإنه ليس للقاضي أن يبيع الجارية، وإن أقام البائع البينة على ذلك، فرق

---

(1) هكذا في ب، وكذا في النسخ الباقية التي عندنا: القاضي.

القاضي بين هذا وبين ما إذا كانت الجارية آبقة، فادعى الذي في يده الجارية أنها آبقة، وأقام البينة على ذلك، وطلب من القاضي بيعها، أو كانت دابة، أو ضالة، كالبعير والبقر، فإن القاضي يبيع ذلك، أو يأمره بالنفقة على حسب ما يرى الأصلح للغائب، وإن كان لا يعرف مكانه، إن كان يرجو قدومه عن قريب، يأمره بالنفقة حتى لا يزول العين عن ملكه، وإن كان لا يرجو قدومه عن قريب، وخاف أنه متى أمر الذي في يديه الجارية بالنفقة أنها تربو على قيمة الخادم، يبيع الجارية، وذلك لأن نفقة الآبقة والدابة على ربهما، فمتى لم يبع أتى النفقة على جميع ماله، فيهلك ماله، وعلى القاضي أن يمنع الهلاك عن أموال الناس ما أمكنه، وكان النظر للغائب [أن يبيع، وههنا النظر للغائب](1) في أن لا يبيع حتى لا يزول العين عن ملكه؛ لأن نفقة المبيع على البائع إلى أن يحضر المشتري، فيقبضه، وإذا هلكت كانت مضمونة عليه، والنظر للغائب أن لا يبيع إذا كان يعرف مكانه، ولكن يأمره بطلب المشتري، وهذا إذا جاء المشتري، وأقر بذلك، فأما إذا أنكر المشتري الشراء، احتاج البائع إلى إقامة البينة على المشتري ثانياً؛ لأن البيع لم يثبت بما أقام من البينة؛ لأنه لم يكن ثمة خصم حاضر.

١٢١٦٣ - قال في الزيادات: رجل باع عبداً من رجل، ووهب عبداً آخر، فنقد المشتري الثمن، وقبضهما، ثم مات أحدهما، فأراد المشتري أن يرد الباقي بالعيب، فقال البائع: الحي وهبتك هذا، إنما بعتك الميت، فالقول قوله؛ لأن المشتري يدعي عليه حق الرد بسبب العيب، وهو ينكر، ولأن الملك في العبدين استفيد من جهة البائع، فكان القول في بيان جهة الملك قول البائع، وهو يدعي أن ملكه بالهبة، وإذا اعتبر قوله، ثبت أن الحي موهوب، فلا يكون له حق الرد بسبب العيب، ولو أراد البائع أن يرجع في الحي بحكم الهبة، والمشتري يقول: الحي مبيع، والموهوب هو الميت، فالقول قول البائع، وله أن يرجع في الحي؛ لأن الملك في العبدين استفيد من جهة البائع، فكان القول في بيان جهة الملك قول البائع، وهو ادعى أنه ملك الحي بجهة الهبة، وإذا اعتبر قوله، ثبت أن الحي موهوب، فكان له حق الرجوع فيه، ثم يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، فإذا حلفا، وجب على البائع رد الثمن، ووجب على المشتري رد قيمة الميت؛ لأنهما لما حلفا، لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما، فيجب على كل واحد منهما رد ما قبض، إلا أن رد الميت متعذر، فيقام رد قيمته مقام رده.

ولو كان باعه عبداً بألف درهم، وباعه آخر بمائة دينار، وتقابضا، ومات أحدهما، ورد المشتري العبد الحي بالعيب، واختلفا في ثمنه، فالقول في بيان الثمن قول المشتري؛ لأن تمليك

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبت من «ظ» و«م» و«ف».

لأن حقه في الجيد، فلا يلزمه المعيب إلا برضاه، إنما يشكل في حق المسلم إليه؛ لأن حق رب السلم قبله في الجيد، فإذا تجوز في المعيب ينبغي أن يجوز، ألا يرى أن هذا الكر المعيب لو قبضه المسلم إليه، ثم قبضه رب السلم بحقه من غير رضى المسلم إليه، صح، ولكن الوجه في هذا أن يقال: إن حق المسلم إليه ثابت في الجودة، ولهذا كان له أن يترك هذا الكر [ويأخذ الكر الجيد مثله، وإذا رضي بسقوط حقه عن الجودة بشرط أن يسلم له الكر المعيب][1]، فإذا آل الأمر إلى أن لا يسلم له، لم يكن راضياً بسقوط حقه عن الجودة، ومع بقاء حقه في الجودة لا تقع المقاصة إلا برضاه، بخلاف ما إذا قبضه المسلم إليه، ثم أخذه رب السلم بحقه[2]، بحيث يصير قصاصاً من غير رضا المسلم إليه؛ لأن هناك الكر المعيب سلم له؛ لأن السلامة بالوصول، وقد وصل إليه، أما دوام الوصول ليس بشرط، فلهذا افترقا، ثم لم يذكر في الكتاب ما لو اصطلحا على المقاصة قبل أن يختار المسلم إليه شيئاً، قالوا: ويجب أن يجوز؛ لأن اصطلاحهما على المقاصة لا يصح إلا بعد أن يختار المسلم إليه أخذ الكر، فيقتضي ذلك اختيار الكر سابقاً على المقاصة.

ثم إن محمداً رحمه الله تعالى أعاد مسألة أول الكتاب، فقال: لو أن المسلم إليه اشترى من رب السلم كراً بمائتي درهم إلى أجل، وقبضه، ولم يدفع الثمن حتى حل السلم، ثم إن رب السلم غصب الكر الذي اشتراه المسلم إليه، فجعله قصاصاً بكر السلم، لا يكون قصاصاً؛ لأنهما لو تراضيا على هذه المقاصة، لا يكون قصاصاً لما مر في أول الباب، فإذا قضى به أحدهما، ومن الآخر أولى.

ولو غصبه من المسلم إليه رجل أجنبي، فأحال المسلم إليه رب السلم على الغاصب ليقبضه ذلك من طعام السلم لا يجوز، وكذلك لو أودعه عند رجل، ثم أحال رب السلم لم يجز؛ لأن المحتال عليه يقضي بأمر المسلم إليه، ولو قضاه المسلم إليه بأمره، لا يجوز، فكذا إذا قضاه غيره بغير أمره. قال: إلا إذا أصابه عيب، فحينئذ يصح اقتضاؤه من المحتال عليه، كما يصح من المسلم إليه، غير أن بين مسألة الغصب وبين مسألة الوديعة فرقاً من وجه أن في مسألة الغصب لو هلك الكر عند المحتال عليه بعد ما تعيب حتى صحت الحوالة، لا تبطل الحوالة، وفي مسألة الوديعة يبطل، وإنما جاء الفرق باعتبار أن في مسألة الغصب ما تعلق به الحوالة هلك صورة لا معنى؛ لأن مثله قد وجب، فبقيت الحوالة ببقاء مثله، أما في مسألة الوديعة ما تعلق به الحوالة هلك صورة ومعنى؛ لأنه هلك أمانة، فلهذا افترقا.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من [illegible] م.

(٢) وفي ب: بحقه.

ولو كان الغاصب استهلك الكر قبل أن يحدث به عيب، ثم إن المسلم إليه أحال رب السلم على الغاصب بكر على الغاصب لغصبه من الكر الذي له في ذمته كان جائزاً؛ لأنه ملك الكر في ذمته بسبب الغصب، وهو بدل عن الطعام المبيع[1]، فلم يكن في قضاء طعام السلم به بيع ما اشترى بأقل مما اشترى، وإن كانت الحوالة قبل هلاك الكر، قد بينا أنها باطلة، فإن هلكت ووجب مثلها، لم تعد الحوالة جائزة؛ لأنها وقعت وقوعها وقعت باطلة، والحوالة متى وقعت باطلة، لا تعود جائزة إلا بالتجديد، ولم يوجد، ولو كان رب السلم أخذ الكر المبيع قضاء من طعام السلم مع أنه لا يجوز، فحدث به عيب في يده، فلم يرده المسلم إليه، ولم يجعلاه قصاصاً حتى طحنه رب السلم، ثم اصطلحا على أن يجعلاه قصاصاً، لم يكن لهما ذلك.

ففرق بين هذا وبين ما إذا جعلاه قصاصاً بعد العيب قبل الطحن، حيث يجوز، والفرق وهو أن بالقبض الأول لم يقع الاستيفاء في الوجهين جميعاً، غير أن في الوجه الأول القبض القائم لا يصلح للاستيفاء؛ لأنه صار دقيقاً، واستيفاء الحنطة بالدقيق لا يكون إلا بطريق الاستبدال، وأنه لا يجوز، أما في الفصل الثاني القبض القائم صالح للاستيفاء؛ لأن الحنطة قائمة بعينها، فجاز أن تقع المقاصة إذا جعلاه قصاصاً به -والله تعالى أعلم-.

١٣١٢٤- وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل أسلم إلى رجل مائة درهم في طعام؛ أي غيره سلماً فاسداً، وقبض المسلم إليه المائة، ثم علما أن السلم فاسد، فأرادا أن يصححاه في ذلك المجلس، أو بعد ما افترقا، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن كانت المائة قائمة بعينها في يد المسلم إليه، فلهما ذلك.

رجل قال لآخر: بعني كر طعام وسط على أن توفيه إلى شهر في موضع كذا بمائة درهم، ودفع إليه المائة، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: هو سلم صحيح.

بشر في "الإملاء": عن أبي يوسف: إذا أسلم ديناً له على رجل في سلم، ثم علم أنه لا يجوز، فعجل له رأس المال، ودفعه إليه قبل أن يفترقا، جاز له استحساناً.

١٣١٢٥- قال: إذا اشترى الطعام بالعبد، وهو الثمن، وللطعام أجل وموضع يوفيه فيه بكيل معلوم، وضرب معلوم، فهو سلم إن سماه سلماً، أو سكت عن اسمه، فإن افترقا قبل أن يقبض العبد، انتقض.

١٣١٢٦- وذكر أبو سليمان عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في "الإملاء": رجل بزاز

---

(١) هكذا في النسختين: ف و م، وكان في ظ: المعيب.

أرسل غلامه يجلب عليه ثيابًا ليشتري لرجل ثوبًا، فنادى الغلام في السوق من معه ثوب كذا بكذا، فقال له رجل: أنا، فقال الغلام: هاته، فأعطاه إياه، فإن هذا قد أخذه على سوم الشراء، وهو ضامن لذلك ممن سماه، فإن أراد الغلام أن يرجع على الذي أرسله، فقال الذي أرسله: لم آمرك أن تقبض الثوب، وإنما أمرتك أن تدلني على الثوب، مع غلمان القوم، فلا ضمان عليه بعد أن يحلف أنه لم يأمره بالمساومة، وقبض الثوب، ولو أقر بذلك ضمنه إذا أقر بقبض الغلام، وإن لم يقر بقبض الغلام، فلا ضمان عليه، وإن كان الغلام صغيرًا، وقد أذن له الأب في البيع والشراء، فهو ضامن، وإن لم يأذن له بذلك، فلا ضمان عليه من قبل أن رب الثوب سلطه على القبض، وهي بمنزلة مساومته.

ولو أن الغلام حين نادى من معه ثوب كذا بكذا، وقال رجل: أنا، فقال الغلام: إني أبعثه لفلان، فقال ذلك الرجل: خذه، واذهب به إلى فلان، فذهب به، فضاع، فلا ضمان عليه في هذا، ولو لم يضع، ورد الثوب إلى الآمر بالجهالة، أو دفع إلى الآمر في هذه الصورة، وضاع من يد الآمر، لم يضمن الآمر؛ لأنه لم يقع في يده على سبيل المساومة

١٣١٢٧ - ولو أن رجلا أرسل رسولا إلى بزاز أن ابعث إلي ثوب كذا وكذا بثمن كذا وكذا، فبعث إليه البزاز مع رسوله، أو مع غيره، وضاع الثوب قبل أن يصل إلى الآمر، فلا ضمان على الرسول، فبعد ذلك ينظر إن كان الذي ضاع معه الثوب رسول الآمر، فالآمر ضامن؛ لأن رسوله قبض الثوب على سبيل المساومة، وقبض رسوله كقبضه، وإن كان رسول رب الثوب، فلا ضمان على الآمر، إلا إذا وصل الثوب إليه، فحينئذ يضمنه.

ولو أن رجلا بعث بكتاب إلى رجل مع رسول أن ابعث إلي ثوب كذا، ففعل، وبعثه وبعث به مع الذي أتاه بالكتاب، لم يكن بمال الآمر حتى يصل إليه، إنما الرسول رسول في الكتاب، وليس كقوله: انطلق فتقاض، يعني محمد كذا.

١٣١٢٨ - ولو بعث رسولا يطلب إليه ثيابًا، فقال الرسول: من معه ثوب كذا بكذا، فقال رجل: أنا، فقال صاحب الثوب: على من؟ فقال الرسول: على أستاذي، أو قال: على فلان، ولم يقل: على أستاذي، أو قال: من يريده، فقال: فلان، فقال: هات[1]، فأخذه، فلا ضمان على الرسول، ولا على الآمر إن ضاع في يد الرسول، وإن وصل إلى الآمر، فضاع من عنده، فهو ضامن من المساوم الذي أرسل، ولا ضمان على الرسول، والله أعلم. تم كتاب البيوع من المحيط البرهاني، ويتلوه كتاب الصرف.

---

(١) هكذا في م، وكان في الأصل و ظا: هلك، وفي ف: هاك.

كتاب الصرف

هذا الكتاب يشتمل على أربعة وعشرين فصلا :

الفصل الأول : في بيان معنى هذا الاسم ، وشرط جواز هذا المسمى ، وحكمه ، وأخواته ، ومعرفة حد التفريق .

الفصل الثاني : في بيع الدين بالدين والعين .

الفصل الثالث : في البياعات التي يشترط فيها قبض البدلين حقيقة ، وما يكتفى فيه بقبض البدلين حكما ، وما يكتفى فيه بقبض أحد البدلين حقيقة ، وما لا يكتفى .

الفصل الرابع : في الدراهم المغشوشة تباع بالفضة الخالصة ، وفي الدراهم المغشوشة يشترى بها شيء وزنا أو عددا بعينها ، أو بغير عينها ، ومسائل هذا الفصل والذي قبله بما ذكرت في أول الفصل السادس من كتاب البيوع .

الفصل الخامس : في الفلوس وبعض مسائله في ذلك الفصل من كتاب البيوع أيضا

الفصل السادس : في خيار الرؤية والرد بالعيب والاستحقاق في باب الصرف .

الفصل السابع : في الرهن والحوالة والكفالة في الصرف

الفصل الثامن : في الحط عن بدل الصرف والزيادة فيه .

الفصل التاسع : في الصلح في الصرف

الفصل العاشر : في بيع الإناء وزنا فيزيد أو ينقص

الفصل الحادي عشر : في بيوع السيوف المحلاة ، وفي بيع الحلي الذي فيه اللآلئ والجواهر ، وأشباه ذلك ، وفي بيع تمويهات ما يجوز منه ، وما لا يجوز .

الفصل الثاني عشر : في الوكالة في الصرف .

الفصل الثالث عشر : في الصرف مع مملوكه ، وقريبه ، وشريكه ، ومضاربه ، والوصي وما يتصل بذلك .

الفصل الرابع عشر : في الصرف في المرض

الفصل الخامس عشر : في الاستبدال ببدل الصرف .

الفصل السادس عشر : فيما يكون قصاصاً ببدل الصرف ، وما لا يكون ، وآخره بيان أن الوديعة هل تصير قصاصاً بالدين ، وحكم الغصب في ذلك أيضاً .

الفصل السابع عشر : في بيع الموزون بجنسه ، أو بخلاف جنسه ، وفي بيع المكيل كذلك ، وما يتصل بهما

الفصل الثامن عشر : في تصرف المتصارفين في ثمن الصرف قبل القبض .

الفصل التاسع عشر : في بيع الصرف مرابحة .

الفصل العشرون : في الصرف في دار الحرب .

الفصل الحادي والعشرون : في الصرف في الغصب ، والوديعة .

الفصل الثاني والعشرين : يشتمل على الإجارة وعلى الصرف ويدخل فيه مسائل استهلاك المشتري في عقد الصرف قبل القبض .

الفصل الثالث والعشرين : في الصرف في الفضة وتراب الصواغين ، ويدخل فيه الاستئجار لتخليص الذهب والفضة من تراب المعدن

الفصل الرابع والعشرين : في المتفرقات ، وبه ختم الكتاب ، والله أعلم بالصواب ، وإليه المرجع والمآب .

الفصل الأول
في بيان معنى هذا الاسم، وشرط جواز هذا المسمى وحكمه

١٣١٢٩ - أما بيان معنى هذا الاسم: فنقول: الصرف اسم لنوع بيع، وهو مبادلة الأثمان بعضها ببعض، إما مبادلة الذهب بالذهب، أو مبادلة الفضة بالفضة، أو مبادلة أحد الجنسين بصاحبه مفرداً كان أو مجموعاً مع غيره، هذا هو لفظ "القدوري".

وقوله: أو مجموعاً مع غيره، يريد به مثلاً: إذا باع ثوباً وذهباً بفضة، فحصة الذهب صرف؛ لأنه يقابله ثمن، وحصة الثوب بيع، والأموال أنواع ثلاثة: نوع منها: هو ثمن في العقد على كل حال، وهو الدراهم والدنانير، ونوع منها: هو مبيع في العقد على كل حال، وهو ما ليس من ذوات الأمثال، كالعروض، والحيوانات، وأشباهها، ونوع منها: هو بين المبيع، والثمن: وهو المكيلات والموزونات، وقد ذكرنا ذلك بتمامه في أول كتاب البيوع، والمبيع يخالف الثمن في أحكام كثيرة، وقد ذكرنا في أول كتاب البيوع أيضاً.

١٣١٣٠ - وأما بيان شرائط جواز هذا المسمى، فنقول: شرائط جواز هذا المسمى على الخصوص ثلاثة: أحدها: أن لا يفترقا إلا عن قبض، والمراد منه تفرق الأبدان لا الذهاب عن موضع الجلوس للعقد، لما نبين بعد هذا إن شاء الله تعالى، ثم قبض أحد البدلين قبل التفرق في بيع الدراهم بالدراهم، وفي بيع الدنانير بالدنانير، وفي بيع الدراهم بالدنانير اشتراطه على موافقة القياس؛ لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات بالتعيين إنما يتعينان بالقبض، فشرطنا قبض أحد بدلي الصرف لتزول الدينية على أحد بدلي الصرف، وأنه على موافقة القياس، كما في سائر البياعات، أما اشتراط قبض البدل الآخر على مخالفة القياس.

ألا ترى أنه لم يشترط ذلك في سائر البياعات، وكذلك اشتراط قبض أحد بدلي الصرف فيما يتعين بالتعيين من الذهب والفضة، وهو ما إذا بيع التبر بالتبر، أو بيع القلب بالقلب على مخالفة القياس، فإنه في سائر البياعات إذا بيع عين بعين، لا يشترط قبضهما، ولا قبض أحدهما قبل التفرق، يجب أن يكون في الصرف، كذلك مع هذا شرط قبض أحد البدلين إذا بيع القلب بالقلب، وشرط قبض البدلين إذا بيع الدراهم بالدراهم، والدنانير بالدنانير، عرف ذلك بالنصوص من جملة ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «الفضة بالفضة وزناً بوزن يداً بيد

١٣١٣٢ - وإن افترقا من غير تقابض، أو شرطا الخيار، أو الأجل، فسد البيع، ثم لا يصح بعد ذلك أبداً. أما إذا افترقا من غير تقابض، فلأنه فات شرط صحة العقد، وهو التقابض، وأما إذا كان فيه خيار الشرط، فكذلك ههنا المعنى أيضاً، وأما إذا كان فيه أجل، فإنما يفسد العقد إذا لم يتقابضا، فأما إذا تقابضا، لا يفسد العقد؛ لأن الإقباض يكون إسقاطاً للأجل، ولو شرطا الخيار، ثم أبطلا قبل الافتراق، أو كان الخيار لأحدهما، فأبطله الذي هو له قبل الافتراق، جاز استحساناً، جاز عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله، وأما الكلام فيه نظير الكلام فيما إذا شرط الخيار في بيع العين أربعة أيام، ثم أسقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع، وقد مر الكلام فيه في كتاب البيوع.

١٣١٣٣ - وإن كان لأحدهما أجل فيما عليه، أو لهما، فأبطل ما لهما من الأجل قبل التفرق، جاز استحساناً، وعن أبي يوسف أن صاحب الأجل إذا أسقط الأجل، لا يبطل حتى يرضى صاحبه، وفرق بين هذا وبين الخيار، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأن الأجل يثبت حقاً لصاحب الأجل، وصاحب الحق يتمكن من إسقاط حقه من غير أن يتوقف على رضى غيره، ألا ترى أن خيار الشرط، كما كان يثبت حقاً للمشروط له الخيار، فالمشروط له الخيار يتمكن من إسقاطه من غير أن يتوقف ذلك على رضا غيره، كذا ههنا.

ثم فرق بين بيع الدراهم بالدراهم والدنانير بالدنانير، وبين بيع الفلوس بالدراهم أو بالدنانير، حيث لم يشترط في بيع الفلوس بالدراهم أو بالدنانير قبض البدلين قبل الافتراق، ويكتفي بقبض أحد البدلين، والفرق أن قضية القياس أن لا يجب قبض البدلين قبل الافتراق، وإن كان العقد صرفاً، كما في العقود التي ليست بصرف، لكن عرفنا اشتراطه في عقد الصرف في بيع الدراهم، أو في بيع الدنانير بالدراهم [أو في بيع أحد الجنسين بالآخر بالنص، والنص الوارد فيه لا يكون وارداً في بيع الفلوس بالدراهم][1]؛ لأن ثمنية الفلوس بالدراهم أو الدنانير على أصل القياس.

١٣١٣٤ - وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: إذا اشترى فلوساً بدراهم على أن بائع الدراهم بالخيار فبائع الدراهم؛ لأن خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه، فكأنهم افترقا من غير قبض أصلاً، وإن كان الخيار لبائع الفلوس، وقد قبض الدراهم، فالبيع جائز؛ لأن بائع الفلوس يملك الدراهم هناك بالقبض؛ لأنه مشتري للدراهم، وخيار المشتري لا يمنع الملك له فيما اشترى، فلا يمنع صحة القبض، فقد وجد قبض أحد البدلين، وإنه كاف في بيع الفلوس

---

(١) ما بين معقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

بالدراهم والدنانير، وعلى قول أبي حنيفة: ينبغي أن لا يجوز هذا العقد، لأن عنده خيار الشرط كما يمنع ثبوت الملك للمشتري[1] في البدل الذي من جانبه يمنع ثبوت الملك للمشتري في البدل الذي من جانب صاحبه، فلا يملك مشتري الدراهم الدراهم بالقبض، فيتحقق النسيئة من الجانبين. ولو شرط نسأ في أحد البدلين في بيع الدراهم بالدنانير وأشباه ذلك، ثم إن المشروط له نسيئة نقد البعض دون البعض، فسد البيع في الكل في قول أبي حنيفة، وذلك بأن اشترى ديناراً بعشرة دراهم إلى شهر، فنقد خمسة، ثم افترقا، قال: يجوز بحصة الخمسة، وإن اشترا بخمسة نقداً، وخمسة نسيئة، فنقد الخمسة، وافترق، فالصرف فاسد كله؛ لأن العقد وقع على الفساد، ولو نقد العشرة كلها جاز، وهذا نقض كما كان قبله، ذكر المسألة على هذا الوجه في "المنتقى".

١٣١٢٥ - وفي "القدوري": لو اشترى ديناراً بعشرة دراهم نسيئة، ثم نقد بعض العشرة دون البعض، فسد البيع في الكل في قول أبي حنيفة، وعندهما: يصح بمقدار ما قبض، ولو قبض الدراهم، وهي مستحقة، فالقبض صحيح، وإذا أجاز المالك ينفذ.

ومما يتصل بهذا الفصل معرفة حد التفرق

١٣١٢٦ - فاعلم بأن التفرق الذي يوجب بطلان عقد الصرف أن يتفرق المتعاقدان بأبدانهما عن مجلس عقد الصرف قبل التقابض، فيأخذ كل واحد منهما في جهة، أو يذهب أحدهما، ويبقى الآخر، فهذا تفرق معتبر يوجب بطلان العقد، سواء كان البيع ديناً بدين، كالدراهم بالدراهم، والدنانير بالدنانير، أو أحدهما بصاحبه، أو كان عينا بعين، كالأواني والقلب، وهذا لأن القلب أو الآنية وإن كان يتعين بالتعيين، إلا أن معنى الثمنية لا يبطل بالصيغة؛ لأن هذا معنى لازم بأصل التخليق، فألحق بجنسه، وهو الدراهم والدنانير، فيشترط قبض البدلين في المجلس، كما في الدراهم والدنانير.

ولو قاما عن مجلس الصرف، فذهبا معاً في جهة واحدة، فرسخاً، أو ما أشبه ذلك، ثم تقابضا قبل أن يفارق أحدهما صاحبه، جاز العقد، وهذا دليل على أن العبرة للتفرق بالأبدان، لا للذهاب عن مجلس العقد، قال: وكذلك لو طال قعودهم في مجلس العقد، أو ناما في مجلس العقد، أو أغمي عليهما، ثم تقابضا قبل أن يفارق أحدهما صاحبه، جاز، هكذا ذكر القدوري في كتابه، وذكر مسألة النوم والقعود والإغماء علي بن جعد عن أبي يوسف على

(١) وفي ف: للبائع بدلا من للمشتري.

نحو ما ذكر القدوري، وذكر ابن رستم عن محمد مسألة الذهاب معا ميلا أو أكثر على نحو ما ذكره القدوري، وذكر مسألة النوم بخلاف ما ذكر القدوري فقال: إذا نامنا أو نام أحدهما فهذه فرقة، ولو ناما جالسين لم تكن فرقة.

وعن محمد رحمه الله تعالى رواية أخرى: إذا نام طويلا بطل الصرف، وإن كان يسيرا، فهو على صرفه، فهذه المسألة دليل أيضا أن العبرة للتفرق بالأبدان.

والأصل في ذلك ما روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما: أنه قال: وإن استطاع أن يدخل بيته، فلا تفارقه، وقال أيضا: وإن وثب من سطح، فثب معه، وكذلك إذا قام أحدهما عن المجلس، وبقي الآخر كذلك لا يبطل الصرف ما لم يتفرقا بذهابهما، لأنهما لو قاما معا، وذهبا معا، لا يبطل الصرف، فقيام أحدهما أولى.

قال القدوري في كتابه: ولا يشبه هذا خيار المخيرة، يريد به أن خيار المخيرة يبطل بالقيام عن المجلس، لأن خيار المخيرة يبطل بالإعراض، والقيام عن المجلس دليل الإعراض، فأما: بطلان الصرف بالافتراق بالأبدان قبل قبض البدلين، وذلك لا يتحقق بمجرد قيام أحدهما، أو قيامهما عن المجلس.

وعن محمد رحمه الله تعالى رواية أخرى: أنه جعل الصرف بمنزلة خيار المخيرة حتى قال: يبطل بما هو دليل الإعراض، كالقيام عن المجلس، والنوم طويلا، وأشباه ذلك، وعن محمد إذا كان لرجل على غيره ألف درهم، وللمديون على الغير عليه مائة دينار، فأرسل من عليه الدراهم إلى صاحبه رسولا، وقال: بعتك الدنانير التي لي عليك بالدراهم التي لك علي، فقال صاحبه: قد قبلت، فهو باطل علي، وقال: من قبل أنهما تصارفا وهما مفترقان، ومعنى هذا الكلام أن عبارة الرسول تنتقل إلى المرسل، فكان المرسل باشر البيع مع صاحبه، وهما مفترقان حقيقة، وأما في البيع إذا أرسل رسولا، فقال: بعت العبد الذي في مكان كذا بكذا، فقبل ذلك الرجل، فالبيع جائز؛ لأن أكثر ما فيه أن يجعل كأن المرسل تكلم بنفسه مع صاحبه، وهما مفترقان، إلا أن الافتراق في غير الصرف ليس بضار - والله أعلم -.

وعن محمد رحمه الله تعالى فيمن قال لقوم: أشهدوا أني اشتريت من ابني الصغير هذا الدينار بعشرة دراهم، ثم قام قبل أن يزن العشرة، فهو باطل؛ لأنه لا يمكن اعتبار الافتراق بالأبدان؛ لأن العاقد هو، فيعتبر المجلس.

الفصل الثاني
في بيع الدين بالدين وبالعين

١٣١٣٧ - إذا باع الرجل ديناراً بدراهم، وليس عند هذا دراهم، ولا عند ذلك دنانير، فنقد هذا الدراهم، ونقد ذلك الدنانير، وتقابضا قبل أن يفترقا جاز، فرق بين هذا وبين ما إذا باع مكيلاً ليس عنده من آخر بمكيل ليس عند الآخر، ونقد كل واحد منهما ما باعه، وتقابضا حيث لا يجوز، والفرق أن في مسألة المكيل ما يقع عليه لفظ البيع مبيع، فيصير بائعاً ما ليس عنده، وذلك لا يجوز، أما في مسألة الدراهم بالدنانير يصير مشترياً ما ليس عنده، والشراء بما ليس عند الإنسان صحيح.

١٣١٣٨ - وروى الحسن عن أبي حنيفة: إذا اشترى فلوساً بدراهم، وليس عند هذا فلوس، ولا عند هذا دراهم، ثم إن أحدهما دفع، وتفرق جاز؛ لأن كل واحد منهما ثمن، فيصير كل واحد منهما مشترياً ثمناً ليس عنده، وذلك جائز، وإنما اكتفى بنقد أحدهما لما ذكرنا قبل هذا أن بيع الفلوس بالدراهم يكتفي بقبض أحد البدلين قبل الافتراق، وإن لم ينقد واحد منهما حتى تفرقا لم يجز؛ لأن هذا دين بدين، وإن اشترى ديناراً بدراهم، وليس عند هذا ديناراً، ولا عند هذا دراهم، فنقد أحدهما، وتفرقا لم يجز؛ لأن هذا صرف، وفي عقد الصرف يشترط قبض البدلين قبل التفرق.

١٣١٣٩ - ولو باع تبر فضة بعينه بفلوس بغير أعيانها، وتفرقا قبل أن يتقابضا، فهو جائز؛ لأن التبر ههنا بمنزلة العروض، فكأنه باع عرضاً بفلوس بغير أعيانها، وهناك لا يشترط التقابض، كذا ههنا، وإن لم يكن التبر عنده، لم يجز بمنزلة ما لو باع عرضاً ليس عنده بفلوس، وإذا اشترى شيئاً بدين، وهما يعلمان أنه لا دين عليه، لا يجوز الشراء، ويكون هذا بمنزلة الشراء بغير ثمن؛ لأنه سمى ما لا يصير ثمناً، ولو اشترى بدين مظنون، ثم تصادقا على أنه لا دين، فالشراء بمثل ذلك الدين.

الفصل الثالث

في البياعات التي يشترط فيها قبض البدلين حقيقة وما يكتفى فيه بقبض البدلين حكماً، وما يكتفى فيه بقبض أحد البدلين حقيقة، وما لا يكتفى

مسائل هذا الفصل قد ذكرناها بتمامها في أول الفصل السادس من البيوع، فلا نعيد ذكرها -والله أعلم-

الفصل الرابع
في الدراهم المغشوشة

تُباع بالفضة الخالصة، وفي الدراهم المغشوشة، يشترى بها متاع وزناً، أو عدداً بعينها، أو بغير عينها

مسائل من الفصل قد ذكرناها في أول الفصل السادس من كتاب البيوع أيضاً، ولا نعيد ذكرها

الفصل الخامس
في الفلوس

١٣١٤٠ - بعض مسائل هذا الفصل ذكرناها في أول الفصل السادس من كتاب البيوع أيضًا، فنذكر ههنا ما لم نذكر ثمه، إذا اشترى الرجل متاعًا بعينه، أو عرضًا بعينه، أو فاكهة بعينها بفلوس ليست عنده، فهو جائز؛ لأن الفلوس ثمن، كالدراهم والدنانير، ولو اشترى شيئًا بعينه بما ذكرنا بدراهم أو دنانير، ليست عنده جاز الشراء، كذا ههنا، فإذا اشترى متاعًا بعينه بفلوس بعينها، فله أن يعطي غيرها مما يروج بين الناس، لما ذكرنا أن الفلوس ثمن، فصار الشراء بالفلوس بمنزلة الشراء بالدراهم، ولو اشترى متاعًا بعينه بدراهم بعينها، كان له أن يعطي مثل تلك الدراهم، كذا ههنا.

فإن قيل: الفلوس إنما صارت ثمنًا باصطلاح الناس، لا بالشرع، فإذا عينا الفلوس في العقد، فقد قصدنا تعليق العقد بالعين، وجعله مثمنًا، وجب أن يبطل الاصطلاح على الثمنية في حقهما، كما قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى فيمن باع فلسًا بعينه بفلسين بأعيانهما، فإنه يجوز، وينفسخ الاصطلاح على الثمنية في حقهما تحقيقًا لجواز البيع، إذ لا يجوز هذا البيع مع بقاء الثمنية، فالجواب عن هذا الإشكال أن يقال: بأن التعيين محتمل، يجوز أن يكون لتعليق العقد بعينه، ويجوز أن يكون لبيان قدر الواجب في الذمة وصفته، كأنه قال: بعت منك بمثل هذا الفلوس، فإن كان البيع لتعليق العقد به، ينفسخ ذلك الاصطلاح السابق، وإن كان لبيان قدر الواجب في الذمة وصفته، لا ينفسخ الاصطلاح السابق، فلا يثبت الانفساخ بالاحتمال، حتى لو تصادقا أنهما قصدا تعليق العقد بعينه يقول: بأنه يبطل ذلك الاصطلاح، وتصير الفلوس متعينًا، لا يجوز للمشتري أن يعطي البائع مثلها، وفيما أورد من المسألة الاصطلاح على الثمنية، إنما يبطل بسبب التعيين، لكون التعيين محتملا على ما ذكرنا في هذه المسألة، فإنه يبطل الاصطلاح ثمه مقتضى جواز البيع؛ لأن البيع لا يجوز ههنا ثمنان؛ لأن بيع الأثمان واحدًا باثنين من جنس واحد لا يجوز، كبيع الدرهم بالدرهمين، وههنا الجواز ثابت من غير تعيين، فإن بيع المتاع بفلوس في الذمة جائز؛ فلا يبطل الثمنية لا مقتضى جواز البيع، ولا مقتضى التعيين، ولو أعطى تلك الفلوس، وافترقا، ثم وجد فيها فلسًا، لا ينفق، ورده، واستبدله، هل ينتقض العقد فيه في هذه الصورة، وهو ما إذا

كانت الفلوس ثمن متاع لا يبطل العقد، سواء كان المردود قليلاً أو كثيراً، استبدلت أو لم يستبدل؛ لأن أكثر ما فيه أن القبض في الفلوس قد انتقض بالرد، فصار كأنه لم يكن، إلا أنه لو لم يقبض الفلوس وافترقا، لا ينتقض العقد؛ لأن الافتراق حصل عن عين بدين، كذا هنا.

١٣٦٤١ - وإن كانت الفلوس ثمن الدراهم، فهو على وجهين: إما إن كانت الدراهم مقبوضة، أو لم تكن، فإن كانت مقبوضة، ورد البعض لا يبطل، واستبدل، أو لم يستبدل، فالعقد باق على الصحة، وكذلك لو وجد الكل في هذه الصورة لا ينفق ورده، واستبدل، أو لم يستبدل، فالعقد باق على الصحة؛ لأن أكثر ما فيه أن قبض الدراهم ينتقض بالرد، ويصير كأن لم يكن، ويكأنه لم يقبض الفلوس، ولكن لو لم يقبض الفلوس والدراهم مقبوضة، وافترقا لا ينتقض العقد لما ذكرنا أن في بيع الفلوس بالدراهم يكتفى بقبض أحد البدلين قبل الافتراق، وإن لم تكن الدراهم مقبوضة، إن وجد كل الفلوس لا ينفق، فردها بطل العقد في قول أبي حنيفة وزفر، استبدل في مجلس الرد، أو لم يستبدل، وقال أبو يوسف ومحمد: إن استبدل في مجلس الرد، فالعقد صحيح على حاله، وإن لم يستبدل، انتقض العقد، وإن كان البعض لا ينفق، فردها، فالقياس أن ينتقض العقد بقدره قليلاً كان أو كثيراً، استبدل في مجلس الرد، أو لم يستبدل في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وهو قول زفر، ولكن أبو حنيفة استحسن في القليل إذا رده، واستبدل في مجلس الرد أن لا ينتقض العقد أصلاً.

واختلفت الروايات عن أبي حنيفة رضي الله تعالى في تحديد القليل، فقال في رواية: إذا زاد على النصف، فهو كثير، وما دونه قليل، وفي رواية: إذا بلغ النصف فهو كثير، وفي رواية قال: إذا زاد على الثلث فهو كثير، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا ردها، واستبدل في مجلس الرد، لا ينتقض العقد، قليلاً كان المردود أو كثيراً، وهذا إذا كان الفلوس فلوساً قد تروج، وقد لا تروج، فأما إذا كانت الفلوس فلوساً لا تروج بحال، وقد تفرقا، فرد الفلوس ينتقض العقد [استبدل في المجلس، أو لم يستبدل، وإن وجد بعض الفلوس بهذه الصفة، وردها ينتقض العقد](١) بقدره استبدل في مجلس العقد، أو لم يستبدل.

١٣٦٤٢ - وإذا اشترى الرجل بدانق فلس، أو بقيراط فلس، فهذا جائز استحساناً، هكذا ذكر في «الأصل»، قال شمس الأئمة الحلواني: هذا إذا كان الدانق أو القيراط معلوماً فيما بين الناس، ولا يختلف في معاملتهم، وأما إذا كان مختلفاً: يأخذ بعضهم عشرة، وبعضهم تسعة، لا يجوز العقد لمكان المنازعة، ولم يذكر شيخ الإسلام خواهر زاده، وشمس

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

الأئمة السرخسي هذا الفصل على هذا التفصيل في شرحيهما.

١٣١٤٣ - ولو اشترى شيئاً بدرهم فلوس، قال في الكتاب: كان مثل ذلك في القياس يريد به على أنه القياس والاستحسان الذي ذكرنا في الدانق: أنه يجوز، ثم قال: وهو في الدراهم أفحش، ولم ينص على الجواز، وعدم الجواز، وقال زفر: لا يجوز فيهما، وقال أبو يوسف: إنه يجوز فيهما، وروى هشام عن محمد رحمه الله: أنه يجوز فيما دون الدرهم، ولا يجوز في الدرهم، فوجه قول زفر: أن الدانق والدرهم ذكر الوزن والفلوس عددي، فيلغو ذكر الوزن فيه، ويبقى ذكر الفلوس، ومجرد ذكر الفلوس من غير ذكر العدد لا يكفي لجواز العقد، وأبو يوسف يقول: بذكر الدانق والدرهم يصير عدد الفلوس معلوماً؛ لأن قدر ما يؤخذ بالدرهم من الفلوس معلوم في السوق، وكذلك قدر الدانق من الفلوس معلوم في السوق، فتسمية الدرهم، أو الدانق كتسمية ذلك العدد في الأعلام، فحصل الأعلام على وجه لا يمكن المنازعة فيه بينهما، ومحمد يقول فيما دون الدرهم كثر الاستعمال بالعبارة عما يؤخذ به من عدد الفلوس، فيقوم مقام تسمية ذلك العدد. أما في الدرهم وما فوق ذلك، لم يكثر استعماله عبارة عما يؤخذ به من الفلوس، فلا يقوم مقام تسمية ذلك العدد، فبقي عبارة عن الفضة؛ لأن مطلق اسم الدانق يقع على الدانق من الفضة، ألا ترى أنه لو قال لغيره: بعتك هذا بدانق، ينصرف إلى الدانق من الفضة، وإذا ذكر بعد ذلك الفلوس، صار تقدير المسألة كأنه قال: بعتك هذا بدانق فضة على أن تعطيني مقام الفضة فلوساً، فيكون هذا صفقة في صفقة، فلا يجوز.

١٣١٤٤ - وإذا أعطى رجل رجلاً درهماً، وقال: أعطني بنصفه كذا فلساً، وبنصفه درهماً صغيراً وزنه نصف درهم، فهذا جائز؛ لأنه جمع بين عقدين كل واحد منهما يجوز حالة الانفراد؛ لأنه جمع بين عقد الصرف وبين عقد البيع؛ لأن ما يخص الدرهم الصغير من الدرهم الكبير صرف، وما يخص الفلوس من الدرهم الكبير بيع، فيحكم بالجواز حالة الاجتماع، فإن تفرقا قبل قبض الدرهم الصغير والفلوس، فالعقد تام في حصة الفلوس منتقض في حصة الدرهم الصغير؛ لأن في حصة الدرهم الصغير العقد صرف، وقد افترقا فيه قبل قبض أحد البدلين، وحصة الفلوس العقد بيع، وقد قبض بدله من الدرهم الكبير، ففي حصة الفلوس الافتراق حصل عن عين بدين وإن لم يكن قبض الدرهم الكبير حتى افترقا بطل البيع في الكل.

١٣١٤٥ - ولو قال: أعطني بنصف هذا الدرهم الكبير كذا كذا فلساً، وأعطني بنصفه

درهمًا صغيرًا وزنه نصف درهم إلا حبة؛ فإن العقد يفسد كله عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وعندهما: يجوز في حصة الفلوس، وهذا لأن العقد قد فسد في الدرهم الصغير لمكان الربا، فإن مقابلة نصف درهم بنصف درهم إلا حبة يكون ربا، ومن أصل أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن العقد إذا فسد بعضه لمعنى الربا، يفسد الكل عرف ذلك في كتاب البيوع، وكان الفقيه أبو بكر الأعمش والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري والشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي يقولون: الصحيح أن العقد يجوز في حصة الفلوس عندهم جميعًا على ما عليه وضع المسألة في الأصل؛ لأن الصفقة متفرقة على ما عليه وضع المسألة في الأصل؛ لأن وضع المسألة في الأصل أعطني بنصفه كذا فلسًا، وأعطني بنصفه الباقي درهمًا صغيرًا، وإذا تكرر قوله: أعطني، تكرر العقد، وفساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر بمنزلة ما لو قال لغيره: بعني بهذه الألف عبدًا، وبعني بنصفها كذا كذا رطلًا من خمر، وهناك لا يبطل العقد في العبد، وإن بطل في الخمر لما كانت الصفقة متفرقة.

١٣٢٤٦ - وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني والفقيه المظفر بن اليمان والشيخ الإمام خواهر زاده أنهم صححوا ما ذكر في الكتاب، ووجه ذلك أن الصفقة متحدة ههنا؛ لأنها لو تفرقت تفرقت بتكرر قوله: أعطني، ولا وجه إليه؛ لأن قوله: أعطني مساومة، وبتكرر المساومة لا يتكرر البيع، ألا ترى أن بذكر المساومة لا ينعقد البيع، حتى إن من قال لغيره: بعني، فقال: بعت، لا ينعقد البيع ما لم يقل الآخر: اشتريت، وإذا كان لا ينعقد البيع بذكر المساومة، فبتكراره كيف يتكرر العقد، وكانت الصفقة واحدة، والتقريب ما ذكرنا.

ولو قال: أعطني به كذا وكذا فلسًا ودرهمًا صغيرًا وزنه نصف درهم إلا قيراطًا، كان ذلك كله جائزًا، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن في المسألة الأولى صرح بالفساد حيث جعل بإزاء الدرهم الصغير نصف درهم من الدرهم الكبير إلا حبة، والعاقدان متى صرحا بفساد العقد لا يحمل على وجه الصحة، أما في هذه المسألة لم يصرح بفساد العقد، فإنه لم يبين للدرهم الصغير حصة من الدرهم الكبير، فإنه لم يقل: وأعطني بنصف الدرهم الكبير[1] درهمًا صغيرًا وزنه مثل وزن نصف الدرهم الكبير إلا قيراطًا، فيجعل بإزاء الدرهم الصغير من الدرهم الكبير مثل وزنه، وذلك نصف درهم إلا قيراطًا، والباقي من الدرهم الكبير يجعل بإزاء الفلوس، بخلاف المسألة المتقدمة على ما ذكرنا.

١٣٢٤٧ - ولو اشترى فلوسًا بدرهم وتفرقا، ثم وجد بعضها من الفلوس مستحقًا، ولم

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ب.

بجزء المستحق ، فإن كان مشتري الفلوس نقد الدرهم ، فإنه يستبدل مثله ، ويجوز العقد ؛ لأن أكثر ما في الباب أن القبض في المستحق قد انتقض ، إلا أن الدرهم مقبوض ، وقد ذكرنا أن في بيع الفلوس بالدرهم يكتفى بقبض أحد البدلين قبل الافتراق ، ألا يرى أنه لو استحق كل الفلوس ، فرجعا ، أو لم يقبض الفلوس أصلا حتى تفرقا ، وكان مشتري الفلس نقد الدرهم ، يبقى العقد على الصحة ، فههنا أولى ، وإن لم يكن نقد الدرهم ، فالعقد ينتقض بقدر المستحق إن كان المستحق بعض الفلوس ، وفي الكل إن كان المستحق جميع الفلوس ؛ لأن القبض في المستحق قد انتقض ، وصار كأن لم يكن ، وكان الافتراق عن دين بدين أما في حق الكل ، وأما في البعض ، وإذا وقع الشراء بالفلوس الرائجة ، وكسدت الفلوس قبل القبض ، أو كان المشتري فلوساً ، وكسدت قبل القبض ، فقد ذكرنا هذه المسائل مع أخواتها ، وما يتصل بها في كتاب البيوع ، فلا نعيد ذكرها .

مستحقة، ردها وله نصف الإناء، وللمشتري نصف الإناء، وزاد فيه، فقال: لا خيار للمشتري، وعلل، فقال: لأن هذا جاء من قبله حين لم يستوف الثمن جيادًا قبل أن يفترقا، وإن وجدها زيوفًا، أو وجد بعضها زيوفًا، وكان ذلك بعد الافتراق فأبدلها إن تجوز به جاز، كما لو تجوز به قبل الافتراق فأبدلها، وإن رده إن لم يستبدل في مجلس الرد يبطل العقد في المردود بلا خلاف، وإن استبدل في مجلس الرد القياس أن يبطل الصرف في المردود، وبه أخذ زفر، وفي الاستحسان لا يبطل، والاختلاف في هذا نظير الاختلاف في رأس مال السلم إذا وجده المسلم إليه مستحقة أو ستوقة، أو زيوفًا، وقد ذكرنا الحجج في مسائل السلم في كتاب البيوع، ثم اتفقت الروايات عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن ما زاد على النصف كثير، وفي النصف روايتان في رواية جعله كثيرًا، وفي رواية جعله قليلاً، وفي رواية قال: إذا زاد على الثلث، فهو كثير، وقد مر الصحيح في هذا في كتاب البيوع أيضًا. وإذا اشترى الرجل سيفًا محلى بدراهم أكثر مما فيه، وتقابضا، وتفرقا، ثم وجد بالسيف عيبًا في جفنه، أو نصله، أو حمائله، فله أن يرد الكل ما وجد فيه العيب، وما لم يجد؛ لأنه شيء واحد، فإن رده وقبله صاحبه بغير قضاء قاضي، ثم تفرقا قبل أن يقبض البدل، بطل الرد عند علمائنا الثلاثة، وعاد العقد على حاله.

وقال زفر: لا يبطل الرد، وعلى هذا الخلاف إذا تقايلا الصرف، ثم افترقا قبل قبض البدل، بطلت الإقالة عند علمائنا الثلاثة، قالوا: الإقالة بعد القبض والرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء، فسخ من وجه بيع جديد من وجه اعتبرنا بيعًا جديدًا في حق وجوب قبض البدل في الإقالة قبل الافتراق، فقلنا: إذا افترقا بعد الإقالة قبل قبض بدل الصرف تبطل الإقالة، واعتبرناه فسخًا في حق جواز الاستبدال.

فقلت: إذا استبدل بعد الإقالة ببدل الصرف، يجوز عملاً بالمعنيين جميعًا بقدر الممكن، ولو كان الرد بالعيب بعد القبض بقضاء، ثم تفرقا قبل أن يقبض البدل، لا يبطل الإقالة؛ لأن الرد بالعيب بعد القبض بقضاء فسخ في حق الكل، وقبض البدل إنما يجب بحكم عقد الصرف، لا بحكم فسخ الصرف، ولا كذلك الرد بعد القبض بغير قضاء.

١٣١٥٠ - ولو اشترى حلي ذهب فيه جوهر مفصص، فوجد بالجوهر عيبًا، فأراد أن يرد الجوهر دون الحلي، ليس له ذلك، ويقال له: إما أن ترد الكل، أو تترك الكل، وهذا لأن الانتفاع المقصود منه، وهو انتفاع التحلي لا يتأتى إلا بالكل، فصار بالنظر إلى المقصود كأن الكل شيء واحد، فهو بمنزلة ما لو اشترى مصراعي باب، أو مصراعي خف، ووجد بأحدهما

عيبًا، وأراد أن يرد الذي وجد العيب به وحده، لم يكن له ذلك، والمعنى ما ذكرنا.

١٣١٥١ - ولو أن رجلًا اشترى من رجل إبريقًا من فضة فيه ألف درهم بألف درهم، أو اشترى من رجل ألف درهم بمائة دينار، وتقابضا، ثم وجد الدراهم ستوقة، أو رصاصًا وردها، فله أن يبادله قبل قبض الثمن، وقبل قبض الإبريق؛ لأن رد الدراهم [ستوقة أو رصاصًا][1] حصل بحكم فساد الصرف؛ لأن الصرف بسبب الستوقة والرصاص صار فاسدًا لحصول الافتراق قبل قبض أحد البدلين، والرد بحكم الفساد فسخ من كل وجه، وإذا كان هذا الرد فسخًا من كل وجه، صار نظير الرد بالعيب بقضاء القاضي، وهناك لا يضرهما الافتراق قبل قبض البدل كذا هنا. ولو كانت الدراهم زيوفًا، ووجدها فعلى قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه إن لم يقبض الدنانير حتى تفرقا لم يضرهما ذلك؛ لأن الرد بالزيافة عند أبي حنيفة إذا كان كثيرًا، والرد بالستوقة والرصاص سواء، حتى لا يبقى العقد جائزًا، وإن استبدل في مجلس الرد؛ لأنه رد بسبب الفساد، فيكون فسخًا من كل وجه.

١٣١٥٢ - ولو اشترى إناء فضة، فإذا هو غير فضة، فلا بيع بينهما؛ لأنه أشار وسمى، والمشار إليه من خلاف جنس المسمى، فيتعلق العقد بالمسمى، وأنه معدوم، فلا ينعقد البيع، ولو كانت فضة سوداء، أو حمراء فيها رصاص أو صفر، وهو الذي أفسدها، فهو بالخيار، إن شاء أخذها، وإن شاء ردها، وهذا لأن المشار إليه من جنس المسمى، فإن مثله يسمى إناء فضة في الناس، فيتعلق العقد بالمشار إليه، وإنه موجود، فوقع العقد. إلا أنه معيب، فيثبت الخيار للمشتري لمكان العيب، ولو كانت الفضة رديئة من غير غش، فليس له الرد؛ لأن حق الرد إنما يثبت إما لفوات المشروط، كما لو اشترى عبدًا على أنه كاتب، فوجده غير كاتب، أو لنقصان يتمكن في المعقود عليه [بأن وجد المبيع فائت الطرف، أو ما أشبه ذلك، ولم يوجد شيء من ذلك، أما فوات المشروط؛ لأنه لم يشترط له عند العقد إلا كون الإناء فضة، والإناء من الفضة، كما شرط، وأما تمكن النقصان في المعقود عليه][2] لأن المعقود عليه العين، وبسبب الرداءة لا يتمكن النقصان في العين، توضيحه:

أن العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة، وصفة الرداءة بأصل الخلقة، ألا ترى أن بالرداءة تنعدم صفة الجودة، ومطلق العقد لا يستحق صفة الجودة إنما يستحق صفة السلامة

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "م".

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ وم وف.

الخصومة: أنا أقيم البينة لأجيز العقد، فحكم له جاز بإجازته، وإن لم يقل ذلك لم يجز، وفيها روايات أخر، وسيأتي جملة ذلك في كتاب أدب القاضي.

ومما يتصل بهذا الفصل:

١٣١٥٨ - إذا اشترى دينارًا بعشرة دراهم، وتقابضا، ثم جاء بائع الدينار بدراهم زيوف، وقال: وجدتها في تلك الدراهم، وأنكر مشتري الدينار، فهذه المسألة على وجوه: إما إن أقر بائع الدينار قبل ذلك، فقال: قبضت الجياد، أو قال: قبضت حقي، أو قال: قبضت رأس المال، أو قال: استوفيت الدراهم، أو قال: قبضت الدراهم، أو قال: قبضت، ولم يزد عليه، ففي الوجه الأول والثاني والثالث والرابع لا يسمع دعوى بائع الدينار حتى لا يستحلف مشتري الدينار على ذلك؛ لأن بائع الدينار متناقض في هذه الدعوى، وفي الوجه الخامس، وهو ما إذا قال: قبضت الدراهم، فالقول قول بائع الدينار، وعلى مشتري الدينار البينة أنه أعطاه الجياد استحسانًا، ووجه ذلك أن بائع الدينار بدعواه أنها من دراهمه، وهي زيوف ينكر قبض حقه؛ ولم يسبق منه إقرار يناقض دعواه؛ لأن الذي سبق منه ليس إلا الإقرار بقبض الدراهم، ومطلق اسم الدراهم يتناول الزيوف، وكأن بائع الدينار قال: لم أقبض حقي، وقال مشتري الدينار: أوفيت حقك، فكان القول قول بائع الدينار، وكان على المشتري البينة أنه أوفاه، وكذلك الجواب في الوجه السادس، وهو ما إذا قال بائع الدينار: قبضت، ولم يزد على هذا لأنه لو قال: قبضت الدراهم، كان القول قوله في دعوى الزيافة ههنا أولى، ولو قال: وجدتها ستوقة، أو رصاصًا، لا شك أن لا يقبل قوله في الوجوه الأربعة؛ لأن في دعوى الزيافة لا يقبل قوله في الوجوه الأربعة، ففي دعوى الستوقة والرصاص أولى، وكذلك في الوجه الخامس، لا يقبل قوله، وفي الوجه السادس يقبل.

وفرق بين الوجه السادس والخامس، والفرق: أن في الوجه الخامس بائع الدينار مناقض في دعوى الستوقة والرصاص؛ لأنه أقر بقبض الدراهم، والستوقة والرصاص ليس من جنس الدراهم، فإذا ادعى الستوقة والرصاص، فكأنه أقر له بقبض الدراهم، ثم قال: لم أقبض الدراهم، أما في الوجه السادس فهو ليس بمناقض في الدعوى؛ لأنه ذكر القبض، وإنما ذكر شيئًا آخر، والقبض يرد على الستوقة والرصاص، كما يرد على الجيد، فهذا هو الفرق بين الصورتين.

الفصل السابع
في الرهن والحوالة والكفالة

١٢١٥٩- قال محمد رحمه الله تعالى : إذا اشترى الرجل من آخر عشرة دراهم بدينار ، فنقد الدينار ، وأخذ بالدراهم رهنًا ، فهو جائز .

يجب أن يعلم بأن الرهن والحوالة والكفالة ببدل الصرف جائز عند علمائنا الثلاثة ؛ لأن بدل الصرف دين ، فتصح الحوالة والكفالة والارتهان به ، كما في سائر الديون ، وإذا جاز هذه التصرفات ، نقول بعد هذا : إن قبض من المحتال عليه أو الكفيل قبل الافتراق ، أو هلك الرهن في يد المرتهن قبل الافتراق تم الصرف بينهما ، ويعتبر قيام مجلس المتعاقدين ، ولا يعتبر افتراق الكفيل والمحتال عليه وعدم افتراقهما ؛ لأن القبض من حقوق العقد ، فيتعلق بالمتعاقدين ، فيعتبر قيام مجلس المتعاقدين ، لا مجلس غيرهما ، لو افترق المتعاقدان ، والرهن قائم ، بطل الصرف ؛ لأن الافتراق حصل قبل قبض أحد البدلين ؛ لأن المرتهن إنما يصير مستوفيًا ما وقع الارتهان به بعد الهلاك ، وإذا افترق قبل الهلاك ، فقد حصل الافتراق قبل قبض أحد البدلين ، وكان الصرف باطلاً ، وإذا بطل الصرف بالافتراق ، بقي الرهن مضمونًا على المرتهن بأقل من قيمته ومن الدين ، وإن برئ الراهن عن الدين لما تم الرهن بالافتراق ؛ لأنه برئ بخلف ، فإن الدينار يعود إلى ملك المرتهن ، والأصل أن الراهن إذا برئ عن الدين بخلف لا يبطل ضمان الرهن ، كما لو استوفى المرتهن الدين حقيقة ، فإنه لا يبطل ضمان الرهن ، وإن برئ الراهن عن الدين بإيفاء الدين ؛ لأنه برئ بخلف ، فبقي ضمان الرهن على حاله ، كذا هنا ، بخلاف ما لو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين ، حيث يبطل ضمان الرهن ؛ لأن الراهن هناك برئ عن الدين من غير خلف ، أما ههنا فبخلافه .

أو نقول : ضمان الرهن حكم ثبت بالقبض ، والقبض باقي بعد ما بطل عقد الصرف بالافتراق ، فعند الهلاك يتم الاستيفاء قبضا ، انعقد ضمانه بالقبض ، وقد بطل العقد الموجب للاستيفاء ، فيلزمه رد المستوفى ، كما لو استوفاه حقيقة .

١٢١٦٠- قال : وإذا اشترى الرجل من آخر سيفًا محلى به بدينار ، وقبض السيف ، ودفع بالدينار رهنًا ، فالحكم ما ذكرنا في المسألة المتقدمة ، أنه إن هلك الرهن قبل افتراقهما بقي الصرف على الصحة وإن افترقا ، والرهن قائم ، بطل الصرف ، وبقي الرهن مضمونًا بالأقل

الفصل الثامن
في الحط عن بدل الصرف والزيادة

١٣١٦١ - قال محمد: إذا اشترى الرجل سيفاً محلى بمائة درهم، وحلية السيف خمسون، وتقابضا، ثم إن بائع السيف حط عن ثمنه درهماً، فهو جائز؛ لأن الحط يلتحق بأصل العقد، ويخرج قدر المحطوط من أن يكون ثمناً، فكأنه في الابتداء باع السيف بتسعة وتسعين درهماً، فيكون بمقابلة الحلية مثل وزنها، والباقي بمقابلة السيف.

١٣١٦٢ - ولو أن رجلاً ابتاع من رجل قلب فضة فيه عشرة دراهم بعشرة دراهم، وتقابضا، ثم إن بائع القلب حط من ثمنه درهماً، وقبل المشتري الحط، وقبض الدرهم المحطوط من البائع، فسد البيع كله في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف ومحمد: الحط باطل، غير أن عند أبي يوسف لا يصير المحطوط من البائع هبة مبتدأة، حتى كان على مشتري القلب أن يرد الدرهم على بائعه، والعقد الأول صحيح، وفي قول محمد يصير ذلك هبة مبتدأة، حتى كان للمشتري أن يمتنع عن تسليم الدرهم إلى البائع، فوجه قول أبي يوسف ومحمد في بطلان الحط أن الحط لو صح، يبطل من حيث صح.

بيانه: أن الحط لو صح التحق بأصل العقد، فيصير العقد فاسداً من الأصل لمكان الربا، وإذا فسد العقد من الأصل، لا يكون المحطوط ثمناً؛ لأن المحطوط من المسمى، والمسمى لا يبقى ثمناً متى فسد العقد من الأصل، فهو معنى قولنا أنه لو صح الحط لبطل من حيث صح، فلا يصح، ولهذا الطريق قلنا: إذا حط جميع الثمن لا يصح الحط حتى لا يفسد العقد؛ لأنه لو صح لبطل من حيث صح؛ لأنه يلتحق بأصل العقد، ويبقى العقد بلا ثمن، فلم يصح من الابتداء، كذا ههنا، فبعد هذا قال محمد: يجعل المحطوط هبة مبتدأة؛ لأن الحط لو صح حقيقة أفاد معنى الهبة، وهو التمليك بغير عوض، فعند تعذر تصحيحه بحقيقته يجعل كناية عن الهبة، صيانة لتصرفه عن الإلغاء، وأبو يوسف لا يجعله هبة مبتدأة؛ إذ ليس في الحط معنى الهبة؛ لأن الهبة إيجاب ملك مبتدأ، والحط لإخراج المحطوط من الإيجاب، وليس فيه إيجاب ملك مبتدأ، وأبو حنيفة يقول: إن تعذر تصحيح الحط بحقيقته؛ لأنه لو صح بحقيقته لبطل من حيث صح، أمكن أن يجعل مجازاً عن إنشاء العقد بما وراء المحطوط.

بيان هذا الكلام أن في الموضع الذي صح الحط حقيقة إذا لم يكن ثمة ربا، كان من

حكمه أن يصير العقد الموجود بما وراء المحطوط من الأصل، فعند تعذر العمل بالحقيقة بجعل الحط كناية عن إنشاء العقد بما وراء المحطوط كأن البائع قال لمشتري القلب ثانيًا: بعتك هذا القلب بتسعة دراهم، وقبل المشتري، وهناك ينفسخ العقد الأول، ويثبت الثاني، وإن كان انعقاد الثاني بوصف الفساد، إلا أن الفاسد من البيع بمنزلة الصحيح، حتى يقع الحنث في اليمين على أن لا يبيع بالبيع الفاسد، فيرتفع الأول بالثاني، كما لو كان الثاني صحيحًا، وهكذا يقول في حط جميع الثمن أن عند تعذر تصحيحه بجعل كناية عن حكمه؛ لأن حكمه بيع بغير ثمن، فإذا جعلناه كناية عنه، صار كأن البائع قال للمشتري ثانيًا: بعتك بغير شيء، ولو قال هكذا، لا ينعقد الثاني، ولا ينفسخ الأول؛ لأن انفساخ الأول حكم انعقاد الثاني.

١٣١٦٣- هذا إذا حط بائع القلب عن ثمن القلب درهمًا، وأما إذا زاد المشتري في ثمن القلب درهمًا، وقبل البائع ذلك، فعلى قول أبي حنيفة تصح الزيادة، ويلحق بأصل العقد، ويفسد العقد كله، وعلى قول أبي يوسف ومحمد محمد لا تصح الزيادة، ولا تصير هبة مبتدأة، فأبو حنيفة سوى بين الحط والزيادة، فحكم بصحتهما، والتحاقهما بأصل العقد، وفساد العقد بسببهما، وكذلك أبو يوسف سوى بين الزيادة والهبة، فلم يصححهما [لا بحقيقتهما، ولا هبة مبتدأة، ومحمد فرق بين الزيادة والحط، وصح الحط هبة مبتدأة [ولم يصح الزيادة هبة مبتدأة](١)، والفرق أن في الحط معنى بالهبة؛ لأن المحطوط يصير ملكًا للمحطوط عنه بغير عوض، وليس في الزيادة معنى الهبة؛ لأن الزيادة لو صحت تلتحق بأصل العقد، ويأخذ حصته من المبيع، والهبة تمليك بغير عوض، والتمليك بغير عوض لا يصلح كناية عن التمليك بعوض، فلهذا افترقا.

١٣١٦٤- ولو اشترى قلب فضة وثوبًا بعشرين درهمًا، وفي القلب عشرة دراهم، وتقابضا، ثم حط البائع درهمًا من ثمنها جميعًا، فإن المحطوط يكون عنهما نصفه في الثوب، فيصير البيع في الثوب بحصته من العشرين، ويحط عن ثمنه نصف درهم، وهذا بلا خلاف، وكذلك يصح نصف الحط في القلب عند أبي حنيفة حتى يفسد العقد في كل القلب؛ لأنه يكون بمقابلته أقل من وزنه، إلا أن هذا فساد طارئ، فلا يفسد به العقد في حصة الثوب، وعلى قول أبي يوسف ومحمد لا يصح الحط في حصة القلب، إلا أن محمدًا يجعله هبة مبتدأة، وأبو يوسف لا يجعله هبة مبتدأة، وهذا بخلاف ما لو قال البائع: حططتك درهمًا من ثمنهما، ولم يقل: جميعًا، فإن الحط يصح كله، ويصرف إلى الثوب، ويبقى العقد في القلب جائزًا.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

ووجه الفرق بينهما أنه قال: متى حططت عنك من ثمنهما، ولم يقل: جميعًا، فلم يصرح بالفساد، فيحتال لصحة الحط ما أمكن؛ لأن ظاهر عقله ودينه يحمله على ذلك، وإنما قلنا أنه لم يصرح بالفساد؛ لأنه وإن كنى عن شيئين بقوله: هما، إلا أنه يجوز أن يكنى عن شيئين، ويراد به أحدهما، وهذا لأن الكناية عن الجميع معتبر بصريح الجمع وصريح الجمع يذكر، ويراد به الخصوص، فكذا الكناية عن الجمع، وإذا كان محتملا للخصوص حمل عليه بظاهر عقله ودينه احتيالا[1] للصحة، بخلاف ما لو قال: من ثمنهما؛ لأنه صرح بالفساد؛ لأنه لا يمكن حمله على أحدهما مع قوله جميعًا؛ لأن قوله جميعًا كلمة تأكيد، وكلمة التأكيد متى ذكرت عقيب صريح الجمع، فإنها تذكر لمنع الخصوص، لا فائدة له سوى ذلك، كما في قوله: ﴿فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ﴾[2]، فكذلك إذا ذكرت عقيب الكناية عن الجمع كان ذكرها لمنع الخصوص، وإذا كان فائدة هذه الكلمة المنع من الخصوص، وقد صرح بها لا يمكن الحمل على الخصوص، فيحمل عليهما، وإذا حمل عليهما، صار كأنه نص، فقال: حططت عنك نصف درهم من ثمن القلب، ونصف درهم من ثمن الثوب، ولو صرح[3] بهذا كان تصريحًا منه بالفساد، كذا ههنا.

فإن قيل: هذا يشكل بما إذا عقد عشرة، وقال: هذا المقود من ثمنهما جميعًا، فإنه يجعل المقود من ثمن القلب استحسانًا، وقد ذكر كلمة التأكيد عن الجمع، ولم يمنع ذلك الحمل على الخصوص، قلنا: ذكر كلمة التأكيد بعد الكناية عن الجمع في مسألة النقد، لم يصح؛ لأنه لو لم يذكر كلمة التأكيد بأن قال: من ثمنهما، ولم يقل: جميعًا، لم يكن الخصوص ثابتًا من جهته، وإنما كان ثابتًا من جهة الشرع؛ لأن الشرع جعل الفضة مستحقة بالفضة في العقد، قال النبي عليه الصلاة والسلام: «الفضة بالفضة»[4] أي بيع الفضة بالفضة، فكذا في القبض تكون الفضة مستحقة بالفضة شرعًا؛ لأن للقبض شبهًا بالعقد من حيث إن القبض يفيد ملك التصرف، كما أن العقد يفيد ملك الرقبة، وإذا كان التخصيص قبل ذكر كلمة التأكيد في مسألة النقد [من جهة الشرع لم يمنع الخصوص بذكر كلمة التأكيد من جهة العاقد، وصار ذكر كلمة

(١) هكذا في الأصل و ظ، وكذا في النسختين: م و ف: احتمالا.

(٢) سورة الحجر، الآية ٣٠.

(٣) م و ف: ولو قال: صرح بهذا.

(٤) تقدم تخريجه.

معنى، فيمكن أن يعتبر صرفاً في حق الثالث، فيجب القبض.

١٣١٦٧ - قال: وإذا اشترى الرجل قلب فضة فيه عشرة دراهم بدينار، ثم إن أحدهما زاد صاحبه شيئاً، ينظر إن زاد بائع القلب، وكانت الزيادة ثوباً، ورضي به مشتري القلب، فالزيادة جائزة؛ لأن الزيادة لو صحت لا يبطل من حيث صحت؛ لأنها تلتحق بأصل العقد، ويجعل كأن العقد من الابتداء ورد على قلب فضة فيه عشرة دراهم، وعلى ثوب بدينار، وذلك جائز، فههنا كذلك، ولا يشترط قبض الثوب في المجلس؛ لأن ما يخص الثوب من الدينار بيع، وليس بصرف، وإن كانت الزيادة ذهباً، وكانت من قبل البائع، ينظر إن كانت الزيادة ديناراً، أو أكثر صحت الزيادة عند أبي حنيفة، وبطل العقد؛ لأن الدينار يكون بالدينار، فيبقى القلب ربا إن كانت الزيادة ديناراً، ويبقى القلب مع شيء من الدينار ربا إن كانت الزيادة أكثر من الدينار، وأما على قول أبي يوسف ومحمد لا تصح الزيادة، ويبقى العقد على الصحة، وإن كانت الزيادة نصف دينار، فهو جائز، وتلتحق الزيادة بأصل العقد، وصار كأنه باع قلب فضة ونصف دينار بدينار، وذلك جائز، إلا أنه يشترط قبض الزيادة في مجلس الزيادة؛ لأن الزيادة بدل الصرف.

فإن قيل: كان ينبغي أن لا يصح العقد في قدر الزيادة، وإن وجد قبض الزيادة في مجلس الزيادة؛ لأن الزيادة متى صحت التحقت بأصل العقد، وصارت كالموجود لدى العقد، وإذا صارت كالموجود لدى العقد صار كأنه باع قلب فضة ونصف دينار بدينار، وقبض الدينار، وسلم القلب، ولم يسلم نصف الدينار حتى تفرقا، وهناك لا يصح العقد في الزيادة، وهي نصف الدينار، كذا هنا؟

والجواب: أن الزيادة متى صحت التحقت بأصل العقد القائم وقت الزيادة، ولا يستند إلى وقت ابتداء العقد حتى لا يثبت الملك في الزيادة مستنداً إلى وقت إنشاء العقد، وإنما يثبت الملك في الزيادة من وقت شرط الزيادة، وهذا لأن سبب ثبوت الزيادة قول العاقد زدت، وإنه وجد الآن، والحكم لا يثبت قبل سببه، فهو معنى قولنا: أن الزيادة لا تلتحق بإنشاء العقد السابق، وإنما يلتحق بأصل العقد القائم حكماً، وهذا لأن أصل العقد السابق قائم في الحال حكماً، ولهذا يرد عليه الفسخ، فإذا التحق الزيادة بالعقد القائم وقت شرط الزيادة، كان مجلس الزيادة في حق الزيادة في مجلس العقد، فلهذا صح قبض الزيادة في مجلس الزيادة، وإن لم يقبض الزيادة في مجلس الزيادة، بطل العقد في الزيادة بما يخصها من الدينار؛ لأن بعض الدينار صار بمقابلة الزيادة، وقد بطل العقد في الزيادة، فيبطل فيما يخصها من

الدينار.

١٣١٦٨ – هذا إذا كانت الزيادة من بائع القلب ثوبًا أو ذهبًا، فإن كانت الزيادة من بائع القلب فضة، فإنه يجوز الزيادة وإن كثرت؛ لأنه يصير بائعًا القلب مع الفضة بدينار، فيجوز كيف ما كان، وإن كانت الزيادة من قبل مشتري القلب [فإن كانت الزيادة ثوبًا بعينه، ولا يشترط قبض الثوب في المجلس لما ذكرنا، وإن كانت الزيادة ذهبًا][1]، فإن كانت دينارًا أو أكثر أو أقل، جازت الزيادة، ويصير كأن مشتري القلب اشترى القلب بدينارين، أو بأكثر منهما، أو بأقل منهما، وكل ذلك جائز، إلا أنه يشترط قبض الزيادة في مجلس الزيادة، وإن لم يقبضها، بطل العقد في القلب بحصة الزيادة؛ لأن حصة الزيادة من القلب صرف، وإذا لم يوجد قبض الزيادة في المجلس، بطل الصرف في الزيادة، فيبطل فيما يحصها من القلب ضرورة، وإن كان مشتري القلب زاد فضة، فإن كان الفضة مثل القلب، أو أكثر لا يجوز؛ لأن القلب يكون بمثله من الفضة، فيبقى الدينار أو الدينار[2] مع شيء من الفضة ربا، وإن كانت الفضة أقل من القلب يجوز، ويصير الفضة بمثلها من القلب، والباقي من القلب يكون بإزاء الدينار، فيجوز.

١٣١٦٩ – قال: وإذا اشترى سيفًا محلى فيه خمسون درهمًا بمائة درهم، وتقابضا، ثم إن مشتري السيف زاد درهمًا، أو دينارًا، فهو جائز، وتصرف الزيادة إلى ما وراء الحلية، وهو النصل بمقتضى عقله ودينه احتيالًا للجواز، وإن تفرقا قبل قبض الزيادة لا يبطل الزيادة، لما ذكرنا أن الزيادة في حق النصل لا في الحلية، ولو كان بائع السيف هو الذي زاد دينارًا، صحت الزيادة، وصار كأنه باع سيفًا فيه خمسون درهمًا ودينارًا بمائة درهم، فإن لم يقبض الزيادة حتى تفرقا، انتقض العقد في الدراهم بحصة الدينار، لما ذكرنا أن من حيث المعنى كأنه باع سيفًا فيه خمسون درهمًا ودينارًا بمائة درهم، فخمسون درهمًا تكون من الثمن بمقابلة الحلية، والخمسون الباقية تقسم على الدينار وعلى قيمة النصل، فما أصاب الدينار يجب رده؛ لأن العقد قد انتقض فيه بترك قبض الدينار في المجلس.

١٣١٧٠ – قال في «الجامع»: وإذا اشترى بريق فضة بمائة دينار، وتقابضا، وتفرقا، ثم التقيا، فزاد المشتري البائع في الثمن عشرة دنانير، تصح الزيادة، ويشترط قبض الزيادة في

(1) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من م، وب.

(2) هكذا في النسختين [illegible] وفي الأصل [illegible] مع شيء، وكان [illegible] أو الدينار مع شيء.

الفصل التاسع
في الصلح في الصرف

١٣٦٧٦ - رجل اشترى من رجل عبداً بمائة دينار ، وتقابضا ، ثم وجد مشتري العبد بالعبد عيباً ، وخاصم البائع فيه ، فأقر البائع بالعيب ، أو جحده ، وصالحه المشتري عن العيب على دنانير ، فهذا على وجهين : الأول : أن يكون بدل الصلح أقل من حصة العيب من الثمن بأن يكون حصة العيب من الثمن عشرة ، ووقع الصلح على أقل من عشرة دنانير ، وافترقا قبل التقابض ، فالصلح جائز .

من مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال : ما ذكرنا من الجواب مستقيم على قولهما ، أما على قول أبي حنيفة : ينبغي أن لا يجوز الصلح إذا افترقا قبل التقابض ، وهذا الاختلاف يرجع إلى اختلافهم في المغصوب منه إذا صالح مع الغاصب بعد هلاك المغصوب منه على أكثر من قيمته ، على قول أبي حنيفة : يجوز ؛ لأن حق المغصوب منه بمجرد الهلاك لا ينتقل عن العين إلى القيمة إلا بقضاء أو رضاء ، فقبل القضاء والرضاء يكون الصلح واقعاً عن المغصوب ، فيجوز على أكثر من قيمته ، كذا ههنا حق المشتري لا ينتقل عن الجزء الفائت [إلى حصة من الثمن إلا بقضاء ، أو تراضي منهما عند أبي حنيفة ، فقبل القضاء والرضاء يكون الصلح واقعاً عن الجزء الفائت][1] ، وإنه دين معنى ، فيبطل الصلح بالافتراق عن المجلس قبل قبض الصلح ؛ لأن الافتراق يكون عن دين بدين ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد : صلح المغصوب منه مع الغاصب على أكثر من قيمته لا يجوز ؛ لأن عندهما حق المغصوب منه بمجرد الهلاك ينتقل عن العين إلى القيمة ، فيكون الصلح واقعاً عن القيمة ، فلا يجوز على أكثر من القيمة لمكان الربا ، فكذا ههنا حق المشتري ينتقل عن الجزء الفائت إلى حصته من الثمن ، وذلك عشرة دنانير ، فيكون الصلح واقعاً من حيث المعنى من عشرة دنانير على ثمانية دنانير ، ولو كان هكذا حقيقة لا يبطل الصلح بالافتراق قبل قبض بدل الصلح ؛ لأن هذا ليس بصرف ، بل هو استيفاء لبعض الحق ، وإسقاط لبعض الحق ، كذا ههنا .

ومن المشايخ من قال ما ذكر ههنا قول الكل ، وهذا القائل يقول : بأن حق المشتري في

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب .

الجزء الفائت ينتقل إلى حصته من الثمن من غير أن يحتاج فيه إلى قضاء القاضي، أو التراضي بينهما، ويفرق هذا القائل على قول أبي حنيفة بين هذه المسألة، وبين مسألة الغصب، والفرق أن في باب الغصب حق المالك كان في عين المغصوب قبل الهلاك لو انتقل إلى القيمة؛ لأن الهلاك على ملكه مقصور، بأن أبرأ الغاصب عن ضمان الغصب، وإذا لم يكن من ضرورة الهلاك انتقال الحق إلى القيمة بقي حق المغصوب منه في عين العبد، فإذا صالح عن عين المغصوب لا عن قيمته، فيجوز كيفما وقع الصلح، وأما حق المشتري في الأصل في الثمن، لا في المبيع، وإنما ينتقل إلى المبيع وأجزائه بالبيع، فإذا عجز البائع عن تسليم شيء منه قبل القبض عجزًا لا يرجى زواله، انفسخ البيع، وانتقل حقه إلى الثمن، ألا يرى أنه لو هلك المبيع كله قبل القبض ينتقل حق المشتري إلى حصة الثمن، فلا يحتاج فيه إلى القضاء والتراضي، فكذا إذا هلك البعض، فإذا انتقل حق المشتري إلى حصة الجزء الفائت من الثمن، كان الصلح واقعًا عن حصة الجزء الفائت من الثمن، فلا يبطل بالافتراق قبل القبض؛ هذا قلنا لأبي يوسف ومحمد، فأما إن وقع الصلح على أكثر من حصة العيب، فإن كانت الزيادة بحيث يتغابن الناس في مثلها يجوز، وإن كانت الزيادة بحيث لا يتغابن الناس في مثلها، بأن وقع الصلح على اثني عشر دينارًا، فعلى قول أبي حنيفة يجوز الصلح، وعلى قولهما لا يجوز، فوجه قولهما: إن الصلح وقع عن حصة العيب من الثمن، فإذا كان حصة العيب من الثمن عشرة، ووقع الصلح على اثني عشر، فقد تمكن الربا، ولأبي حنيفة أنه إن تعذر تجويز هذا الصلح بطريق المعاوضة لمكان الربا أمكن تصحيحه بطريق آخر، بأن يجعل البائع موفيًا حصة العيب بتمامه، وذلك عشرة مع هبة دينارين عن ثمن الباقي، ولو كان كذلك يصح ما صنع، ويجب رد دينارين عن ثمن الباقي، وإن كان الثمن مقبوضًا، ويسقط عن المشتري هذا القدر إن لم يكن الثمن مقبوضًا، كذا هنا، وإن كان البائع صالح المشتري عن العيب على دراهم، فإن قبض بدل الصلح قبل أن يتفرقا جاز، وإن تفرقا قبل قبض بدل الصلح بطل الصلح؛ وهذا لأن الصلح وقع عن حصة الجزء الفائت من الثمن، وحصة الجزء الفائت من الثمن دنانير، فإذا صالحه على دراهم، لا يمكن تصحيحه بطريق استيفاء البعض وإسقاط البعض؛ لأن الجنس مختلف لو صح صح بطريق المعاوضة، ويمكن تجويزه بطريق المعاوضة؛ لأنه صرف، والصرف لا يصح إذا وقع الافتراق قبل قبض أحد البدلين.

١٢١٧٢ - وإذا ادعى رجل على رجل مائة درهم، فأنكر المدعى عليه ذلك، أو أقر، ثم صالحه منها على عشرة دراهم حالة، أو إلى أجل، ثم افترقا قبل القبض، فالصلح جائز، أما

إذا كان الصلح عن إقرار ، فلأن هذا الصلح استيفاء للبعض ، وإبراء عن البعض في زعم المدعي والمدعى عليه ، وليس بصرف ، وأما إذا كان جاحدًا ، فلأن هذا الصلح في زعم المدعي استيفاء للبعض ، وإبراء عن البعض إن كان بدل الصلح حالًا ، وتأجيل البعض إن كان بدل الصلح مؤجلًا ، وفي زعم المدعى عليه افتداء عن اليمين ، وليس بصرف ، فلا يبطل بالافتراق قبل القبض ، وكذلك لو كان فيه خيار الشرط لواحد منهما ، فافترقا قبل التقابض ، لا يبطل الصلح ؛ لأن أثر الخيار في فوات القبض ، وهذا الصلح لا يبطل بفوات القبض ، فاشتراط الخيار كيف يؤثر فيه ، وإن كان صالحه على خمسة دنانير ، وافترقا قبل التقابض بطل الصلح ، وإن افترقا بعد القبض ، فالصلح صحيح ؛ لأن هذا صلح على خلاف جنس الحق ، فلا يمكن تصحيحه إلا بطريق المعارضة ، فيكون صرفًا ، والتقابض في الصرف شرط .

١٣١٧٣ - وإذا ماتت المرأة ، وتركت ميراثًا من رقيق وثياب وذهب وفضة وحلي فيه جوهر ولؤلؤة وغير ذلك ، وتركت زوجها وأباها ، وميراثها كله عند أبيها ، فصالح الأب زوجها على مائة دينار ، فهذا على وجهين . الأول : أن يعلم نصيب الزوج من الذهب المتروك ، وفي هذا الوجه إن كان بدل الصلح أكثر من نصيب الزوج من الذهب ، يجوز ، وإن كان مثله أو أقل لا يجوز .

الثاني : إذا كان لا يعلم نصيب الزوج من الذهب المتروك ، وفي هذا الوجه لا يجوز الصلح ، وكذلك إذا صالحه على خمسمائة درهم ، فهو على هذين الوجهين أيضًا ، إما أن يعلم الزوج من الدراهم المتروكة ، أو لا يعلم ، والجواب في الوجهين على نحو ما ذكرنا في فصل الذهب ، وإن كان صالحه على مائة درهم وخمسين دينارًا ، جاز الصلح كيف ما كان ، أما إذا كان بدل الصلح من كل واحد من الجنسين [أكثر من حصة الزوج من ذلك الجنس ، فلأن حصة الزوج من كل واحد من الجنسين] [1] يجعل بمثله من حصته من بدل الصلح ، والفاضل من بدل الصلح يجعل بإزاء العروض ، وأما إذا كان بدل الصلح من كل واحد من الجنسين مثل حصة الزوج من ذلك ، فلأن بدل الصلح من الذهب يصرف إلى الفضة من التركة ، وبدل الصلح من الفضة يصرف إلى الذهب من التركة ، وإلى المتاع والرقيق عربًا للجواز ، وطلبًا للصحة ، فإن وجد التقابض بقي الصلح في الكل على الصحة ، وإن لم يوجد التقابض ، يبطل الصلح ، هكذا ذكر في الكتاب ، ويجب أن يقال : بأن الصلح في حصة الصرف يبطل ، وكذلك في حصة اللآلئ والجواهر التي لا يمكن نزعه إلا بضرر ، وأما ما عدا ذلك من الثياب والمتاع

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبت من م ، ب ، ف .

والعروض، فالصلح يبقى على الصحة، وهو نظير ما لو اشترى ثوبًا قيمته عشرة، وعشرة دراهم بعشرين درهمًا، وتفرقا من غير قبض، يبطل العقد بحصة الصرف، ويبقى في الثوب بحصته على الصحة، كذا هنا.

وإن قبض الزوج الدراهم والدنانير التي هي بدل الصلح، وكان الميراث في بيت الأب، ولم يكن حاضرًا في مجلس الصلح، فإن الصلح يبطل بحصته من الذهب والفضة، هكذا ذكر في الكتاب، وهذا إذا كان الأب مقرًا للزوج بما عنده حتى يكون نصيب الزوج أمانة في يده؛ لأنه قبض الأمانة لا ينوب عن قبض الشراء، فيحصل الافتراق عن غير قبض، فيبطل حصة الصرف، وحصة ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر، كالجوهر المرصع واللؤلؤ المرصع، فأما إذا كان جاحدًا للزوج ما عنده، فالصلح صحيح في الكل؛ لأن الأب إذا كان جاحدًا للزوج ما عنده، كان الأب غاصبًا نصيب الزوج، وقبض الغصب ينوب عن قبض الشراء، فإذا قبض الزوج بدل الصلح، فالافتراق حصل بعد التقابض، فلا يبطل الصلح في حصة الصرف، وكذلك إذا كان الأب مقرًا للزوج بما عنده، إلا أن الميراث كان حاضرًا في مجلس الصلح، فالصلح جائز في الكل؛ لأن الزوج قبض بدل الصلح في مجلس الصلح، والأب قبض نصيب الزوج من التركة؛ لأنه تمكن من قبضه حقيقة إذا كان حاضرًا في مجلس الصلح، والتمكن من القبض قبض حكمًا عرف ذلك في موضعه، فحصل الافتراق بعد قبض البدلين، وستأتي هذه المسألة من صرف المرأة مع زيادة كلمات في كتاب الصلح - إن شاء الله تعالى -.

١٣١٧٤ - إذا ادعى رجل سيفًا محلى بعينه في يدي رجل، فصالحه المدعى عليه على عشرة دنانير، يدفعها المدعى عليه إلى المدعي، فقبض المدعي منها خمسة، واشترى بالخمسة الأخرى ثوبًا، فإن كانت الخمسة المقبوضة مقدار حصة الحلية، فالصلح صحيح؛ لأن المنقود يجعل بإزاء الحلية؛ لأن قبض حصة الحلية مستحق في المجلس، وقبض حصة الثوب في المجلس[١] ليس بمستحق. وإذا جعلنا المنقود حصة الحلية، حصل الافتراق بعد قبض البدلين فيما هو صرف؛ لأن موضوع المسألة أن المدعى عليه جاحد للسيف، حتى يكون غاصبًا لها، وقبض الغصب ينوب عن قبض الشراء، وإن كان المدعى عليه مقرًا بالسيف؛ لأن السيف كان حاضرًا في مجلس الصلح، وما بقي من بدل الصلح غير منقود، فهو ثمن النصل، والاستبدال بثمن النصل قبل القبض جائز، وإن كانت الخمسة المنقودة أقل من مقدار حصة الحلية، فالصلح باطل في الكل، أما في حصة الحلية، فلا إشكال؛ لأنه بطل في حصته، فيبطل في الباقي؛ لأنه

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ و م و ب.

شيء واحد، وأما في حصة الشراء؛ لأنه دخل بعض بدل الحلية في شراء الثوب، والاستبدال ببدل الصرف قبل القبض لا يجوز، لما فيه من فوات القبض، وإذا بطل شراء الثوب في البعض بطل في الباقي عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه؛ لأن شراء الثوب في البعض بطل لمعنى الربا؛ لأنه بطل لما فيه من فوات القبض، وفوات القبض في أحد البدلين في الصرف يتمكن ربا نساء، وإذا صار بعض بدل الحلية مشروطًا في شراء الثوب، فقد بطل شراء بعض الثوب لمكان ربا شرط فيه، فيبطل في الباقي، كما لو أسلم حنطة في شعير وزيت، وعندهما شراء الثوب يبطل بقدر ما صار من حصة الحلية داخلا فيه، ويبقى في الباقي، كما في مسألة السلم.

١٣١٧٥ - وإذا اشترى الرجل إبريق فضة بمائة دينار، وفي الإبريق ألف درهم، وتقابضا، ثم وجد مشتري الإبريق بالإبريق عيبًا، وهو قائم بعينه، حتى يكون له رد الإبريق، فصالح بائع الإبريق المشتري على دينار، وقبض المشتري الدينار أو لم يقبض حتى تفرقا، فالصلح ماض، ذكر المسألة في "الأصل" من غير ذكر خلاف، وهذا الجواب على قولهما مستقيم، وكذلك على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه على قول من يقول من المشايخ بأن الصلح عن حصة العيب من الثمن؛ لأن حصة العيب من الثمن دنانير، وبدل الصلح دينار أيضًا، فيكون هذا الصلح واقعًا على جنس حقه، فلا يكون صرفًا، وإن وقع الصلح على عشرة دراهم، فإن قبض المشتري الدراهم قبل أن يتفرقا، فالصلح جائز، وإن لم يقبض حتى تفرقا، بطل الصلح؛ لأن الصلح وقع على خلاف جنس الحق، فيصير صرفًا، فإن كانت الدراهم التي وقع عليها الصلح أكثر من حصة العيب، فالصلح جائز؛ لأن الصلح وقع عن حصة العيب عند الكل عند بعض المشايخ، وحصة العيب دينار، وشراء الدينار بدراهم أكثر من قيمة الدينار جائز، وعند بعض المشايخ الصلح وقع على الجزء الفائت، وشراء الجزء الفائت بالدراهم أكثر من قيمته يجوز.

١٣١٧٦ - وإذا ادعى رجل على رجل عشرة دراهم وعشرة دنانير، وأنكر المدعى عليه ذلك، أو أقر، ثم صالحه المدعى عليه على خمسة دراهم من ذلك كله، فهذا جائز، سواء كان نقدًا أو نسيئة، وطريق الجواز أن يجعل المدعي مستوفيًا عين الدراهم التي ادعاها خمسة مبرئًا للمدعى عليه عن الخمسة الدراهم وعن العشرة الدنانير.

١٣١٧٧ - وإذا اشترى الرجل قلب ذهب فيه عشرة مثاقيل بمائة درهم، وتقابضا، واستهلك المشتري القلب أو لم يستهلكه حتى وجد به عيبًا قديمًا قد كان دلسه البائع، فصالح البائع من ذلك على عشرة دراهم نسيئة، فهو جائز، وأراد بقوله: استهلك القلب أنه كسره، لا

حقيقة الاستهلاك بالإحراق، أو بالبيع؛ لأن ذلك يمنع الرجوع بنقصان العيب، وإنما جاز هذا الصلح لأنه وقع على حصة العيب من الثمن، وإنه دراهم، فيكون هذا صلحاً في جنس الحق، فيجوز، سواء كان بدل الصلح نقداً أو نسيئة. وإن صالحه على دنانير، فالصلح جائز، ويكون صرفاً؛ لأن الصلح وقع على خلاف جنس الحق، فيكون معاوضة، فيكون صرفاً.

١٣١٧٨ - وإذا اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بدنانير، وتقابضا، ثم وجد في القلب هشماً ينقصه، فصالحه من ذلك على قيراطي ذهب من الدينار على أن يزيده المشتري ربع حنطة [وفي بعض النسخ: ربع كر حنطة][1]، وكانت الحنطة بعينها، كان ذلك جائزاً، وطريق الجواز أن البائع بذل قيراطي ذهب من دينار بإزاء ربع كر حنطة، وبإزاء حصة العيب من الثمن، فإن كان حصة العيب من الثمن وقيمة ربع كر حنطة على السواء، انقسم القيراطان عليهما نصفان، فيكون أحد القيراطين حصة العيب من الثمن، والقيراط الآخر حصة الحنطة، وذلك جائز، فإن افترقا من غير قبض، لا يبطل الصلح، أما حصة الحنطة فلأن الافتراق فيها حصل عن عين بدين، وأما حصة العيب فلأن الصلح فيها وقع على جنس الحق [والصلح إذا وقع على جنس الحق][2] لا يبطل بالافتراق قبل القبض، فإن تقابضا، ثم وجد بالحنطة عيباً ردها بحصتها من القيراطين.

١٣١٧٩ - وفي "المنتقى": إذا كان لرجل على رجل دراهم بخارية، واصطلحا منها على دراهم لا يعرف وزنها، قال: إني أنظر إلى البخارية، فإن كان الغالب فيها النحاس فهو جائز [على القليل والكثير. وإن كان الغالب فيها الفضة لا يجوز الصلح إلا على مثل وزنها][3]، وإن صالح على أجل، لا يجوز من قبل أن هذا ليس على وجه الحط، ألا ترى لو كان عليه ألف درهم، فصالح منها على تسعمائة درهم بيض، لا يجوز، ولو كان الدين بيضاً، فصالح على تسعمائة سود، جاز، وكان هذا حطاً، ولو صالحه على تسعمائة، ولم يشترط بيضاً، فأعطاه بيضاً، جاز ذلك، قال أبو يوسف: إن كان السود أفضل لم يجز الصلح على السود بأقل من وزن البيض، وإن كانا سواء جاز الصلح من أحدهما على الآخر بأقل من وزنه.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

الفصل العاشر
في بيع الإناء وزنًا فيزيد أو ينقص

١٣٦٨٠ - إذا اشترى سيفًا محلى فيه مائة درهم من الفضة بمائتي درهم، ثم علم أن فيه مائتي درهم، فهذا على وجهين. إما أن يعلم ذلك بعد ما تقابضا، وتفرقا، وفي هذا الوجه بطل العقد في الكل؛ لأنه لا وجه إلى تصحيح هذا العقد في الحلية بالزيادة؛ لأن الزيادة بإزاء الحلية تكون صرفًا، ولم يوجد قبض بدله في المجلس لما تفرقا، ولا وجه إلى تصحيحه في جميع الحلية بمائتي درهم؛ لأنه يكون ربا، فبطل العقد في الحلية ضرورة، وإذا بطل العقد في الحلية بطل في النصل؛ لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر.

هذا إذا علم ذلك بعد ما تفرقا، فأما إذا علم بذلك قبل أن يتفرقا، فالمشتري بالخيار، إن شاء زاد في الثمن مائة أخرى، وإن شاء فسخ العقد في الكل، وإنما خير لأن المشتري إنما رضي بجميع السيف بمائتي درهم، فإذا آل الأمر إلى أن يلزمه مائة أخرى زيادة على المائتين، لا يكون راضيًا، فيكون له الخيار، فإذا اختار أخذ السيف لزمه مائة أخرى؛ لأن الثمن وذلك مائتان نقسم من الابتداء على الحلية والنصل والجفن والحمائل نصفان؛ لأنهما شرطا في البيع أن الحلية مائة، والمائة لا تكون إلا بمائة، فكأنهما قالا: على أن المائة بمائة، والمائة الأخرى بإزاء النصل والجفن والحمائل، فإذا صار بإزاء الحلية مائة، يحتاج إلى أن يزيد بحصتها مائة أخرى حتى يصير مشتريًا مائتين بمائتين، فلا يتمكن الربا، فيزيد مائة أخرى، ويقبض البائع الثمن مع الزيادة، ويقبض المشتري السيف؛ لأنها في المجلس بعد، فيصح العقد.

فرق بين هذا، وبين ما إذا علما في الابتداء أن وزن الحلية مائتي درهم، وقد تبايعا السيف بمائتي درهم، ثم أراد المشتري أن يزيد مائة أخرى قبل أن يفترقا، فإن العقد لا يجوز، والفرق أنهما إذا علما في الابتداء أن الحلية مائتا درهم، وقد تبايعا بمائتي درهم، فقد أوقعا العقد بصفة الفساد؛ لأنه لا بد وأن يكون بمقابلة النصل والجفن والحمائل شيء من الثمن، فيكون بمقابلة الحلية أقل من وزنها، وبيع الفضة بالفضة وأحدهما أقل وزنا من الآخر لا يجوز، فهو معنى قولنا: أوقعا العقد بصفة الفساد، والعاقدان إذا أوقعا العقد بصفة الفساد، لا يحتال إلى تصحيحه؛ لأنه لا يمكن، فأما في مسألتنا هذه ما أوقعا العقد بصفة الفساد؛ لأنهما لم يعلما وقت العقد أن الحلية مائتي درهم، إنما علماها مائة درهم. فإذا تبايعا بمائتي درهم، فقد جعلا بمقابلة الحلية مائة درهم؛ لأن الفضة مستحقة بمثلها شرعًا، فكأن بائع السيف قال للمشتري:

بعت منك حلية السيف وهي مئة بمائة، وبعت منك النصل والجفن والحمائل بمائة أخرى، ولو صرح بذلك لا يكون ذلك إيقاعًا للعقد بصفة الفساد، فيمكن تصحيحه بالزيادة [متى رضي المشتري بالزيادة.

١٣١٨١ - وإذا اشترى إبريق فضة على أن فيه ألف درهم بألف درهم][1]، فإذا فيه ألفا درهم إن علم ذلك في المجلس، فالمشتري يزيد ألفًا أخرى، إن شاء أخذ كل الإبريق، وإن لم يزد بطل العقد في نصف الإبريق؛ ويصح في نصف الإبريق؛ لأن الفساد بسبب الافتراق قبل قبض بدل الصرف، وذلك بقدر النصف، فيفسد العقد بقدر النصف؛ ويصح بقدر[2] النصف، إذ تصحيح العقد في نصف القلب شائعًا ممكن؛ بخلاف مسألة السيف؛ لأن تصحيح العقد في نصف الحلية شائعًا غير ممكن؛ لأن بيع نصف الحلية شائعًا لا يجوز؛ لأن الحلية بمنزلة الوصف، وبيع بعض الأوصاف لا يجوز، فلا يمكن تصحيح البيع في نصف الحلية، ولا يمكن تصحيح البيع في الكل بالزيادة بعد الافتراق عن المجلس لما قلنا، فتعين جهة البطلان في الكل، أما في القلب فبخلافه على ما بينا.

١٣١٨٢ - وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى قلب فضة بدينار على أن فيه عشرة دراهم، فوجد فيه خمسة عشر قبل أن يفترقا، أو بعد ما افترقا، فالقياس أن يكون القلب كله للمشتري بذلك الثمن، ولكن أدع القياس في الذهب والفضة، ويكون للمشتري فيه الخيار، إن شاء أخذ ثلثيه بالدينار، وكان للبائع ثلث القلب، وإن شاء رده، قال: وهذا قبل الفرقة وبعده سواء، من قبل أن الزيادة لم تقع عليها البيع، وإنما كان للمشتري الخيار؛ لأن القلب لم يسلم له، وهذا خلاف جواب الأصل، ولو كان اشترى القلب بعشرة دراهم على أن فيه عشرة دراهم، وتقابضا، وتفرقا، أو لم يتفرقا، فوجد فيه خمسة عشر، فالمشتري بالخيار، إن شاء أخذ ثلثيه بعشرة، وإن شاء رده، فإن قال: أنا أزيد خمسة، وأسلم القلب لم يكن له ذلك إن كانا قد تفرقا، وإن كانا لم يتفرقا، فله ذلك يزيد خمسة، ويأخذ كله، وإن شاء أخذ ثلثه بعشرة.

١٣١٨٣ - ولو اشترى إناء فضة بدينار على أن فيه عشرة دراهم، وتقابضا وتفرقا، فوجد فيه تسعة دراهم، فهو بالخيار، إن شاء رده، وإن شاء أمسكه، ورجع بحصة النقصان من الدينار، وإن كان اشتراه بالدراهم، فإن شاء رده، ورجع بدراهمه.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م و ف.

(٢) هكذا في م. وكان في الأصل و ظ: تقدير.

١٣١٨٤ - وإذا اشترى نقرة فضة على أنها ألف درهم بألف درهم، فإذا هي ألفا درهم إن علم ذلك قبل أن يفترقا عن المجلس، فالمشتري يزيد ألف درهم إن شاء، ويجوز العقد في الكل؛ لأنهما ما أوقعا العقد بجهة الفساد، والتصحيح في الكل ممكن بثبوت الزيادة ما داما في مجلس العقد، فإن لم يزد المشتري ألفًا أخرى، يصح العقد في نصف النقرة، ويبطل في النصف، كما في مسألة الإبريق، إلا أن في مسألة الإبريق[1] يخير المشتري، وههنا لا يتخير؛ لأن الشركة في النقرة، ولا ينقصها التبعيض، ولا يضرها، لا يعد عيبًا، والشركة في القلب والسيف ينقصه ويضره، ويعد عيبًا، فأثبتنا الخيار للمشتري في القلب، ولم نثبت في النقرة لهذا، وإن علم ذلك بعدما تفرقا عن المجلس، يجوز العقد في نصف الإبريق؛ لأن تصحيح العقد في النصف ممكن في النقرة؛ لأن بيع نصف النقرة شائعًا جائز، كبيع نصف الإبريق، إلا أن في الإبريق يتخير المشتري، وفي النقرة لا.

هذا إذا حصل الشراء بالجنس، فأما إذا حصل بخلاف الجنس، بأن اشترى سيفًا محلى على أن حليته درهم بعشرة دنانير، أو اشترى إبريق فضة على أن فيه ألف درهم بمائة دينار، فإذا فيه ألفان، أو اشترى نقرة فضة على أنها ألف درهم بمائة دينار، فإذا فيه ألفان، فالعقد جائز في المسائل كلها؛ لأن الجنس مختلف. وإذا جاز العقد فالزيادة على المسمى من الوزن في مسألة النقرة لا يسلم للمشتري من غير شيء، وهذا لأن الوزن فيما يضره التبعيض جارٍ مجرى الوصف؛ لأن تميز البعض عن البعض يوجب نقصانًا في الباقي، فكان بمنزلة الوصف من هذا الوجه، وزيادة الوصف على المسمى يجوز أن يسلم للمشتري بغير شيء، كما لو اشترى ثوبًا على أنه عشرة أذرع، فإذا هو أحد عشر ذراعًا، فالذراع الحادي عشر يسلم للمشتري بغير شيء. فأما الوزن فيما لا يضره التبعيض أصل من كل وجه؛ لأن تمييز البعض عن البعض لا يوجب نقصانًا في الباقي، فيعتبر أصلًا من كل وجه، والزيادة على المسمى فيما هو أصل من كل وجه لا يسلم للمشتري بغير شيء، كما لو باع من آخر صبرة حنطة على أنها عشرة أكرار، فإذا هي أحد عشر كرًا، فالكر الحادي عشر لا يسلم للمشتري؛ لما كان كل كر أصلًا بنفسه، كذا هنا.

وفي «نوادر هشام»: عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل اشترى سيفًا محلى بفضة بمائة وخمسين درهمًا على أن حلية السيف مائة درهم، فإذا حلية السيف خمسون درهمًا، فالمشتري بالخيار، إن شاء أخذه بمائة درهم؛ لأنه حين اشتراه بمائة درهم وخمسين على أن الحلية مائة، فقد اشترى الفضة بمائة، وبقية السيف بخمسين، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) وفي ف: القلب مكان الإبريق.

الفصل الحادي عشر
في بيع السيوف المحلاة، وفي بيع الحلي الذي فيه اللآلئ والجواهر وأشباه ذلك، وفي بيع المموهات ما يجوز منه وما لا يجوز

١٣١٨٥ - قال محمد رحمه الله تعالى: وإذا باع الرجل من آخر سيفاً محلى بفضة بدراهم، فالمسألة على أربعة أوجه: الأول: أن تكون الدراهم التي هي من الثمن أكثر من الفضة التي هي في السيف، وفي هذا الوجه البيع جائز، ويجعل بمقابلة الفضة التي في السيف من الدراهم التي هي ثمن مثلها، والباقي يكون بإزاء النصل والجفن والحمائل.

الوجه الثاني: أن تكون الدراهم التي هي الثمن مثل الفضة التي في السيف، وفي هذا الوجه لا يجوز البيع؛ لأنه يبقى النصل والجفن خالياً عن العوض، فيكون ربا.

الوجه الثالث: أن تكون الدراهم التي هي ثمن أقل من الفضة التي في السيف، وفي هذا الوجه لا يجوز البيع أصلاً؛ لأنه يبقى الجفن والنصل وبعض الفضة خالياً عن الثمن.

الوجه الرابع: أن لا يدرى أن الدراهم التي هي ثمن مثل الحلية أو أقل، أو أكثر، وفي هذا الوجه لا يجوز البيع؛ لأنه يجوز من وجه واحد، وهو ما إذا كانت الدراهم التي هي ثمن أكثر من الفضة التي هي في السيف، ولا يجوز من وجهين: وهو أن تكون الدراهم التي هي ثمن مثل الحلية أو أقل، ولو جاز من وجه واحد، وفسد من وجه، يحكم بالفساد بطريق الاحتياط، فهيهنا أولى، وإن لم يعلم مقدار الدراهم وقت البيع، ثم علم بعد ذلك، وكانت أكثر من الفضة التي في السيف، فإن علم بهما في مجلس العقد بعد جاز البيع، وإن علم بعد ما افترقا عن المجلس لم يجز البيع، فالأصل أن في كل موضع اعتبرت المماثلة بين البدلين في المعيار الشرعي شرطاً لجواز العقد يعتبر المماثلة في المعيار وقت العقد.

ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى هذا الأصل في شرح كتاب البيوع في آخر الباب الأول؛ لأن ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة شرعاً في حق الأحكام المتعلقة بالمجلس، فيجعل العلم بمقدار الدراهم في آخر المجلس، كالعلم به وقت مباشرة العقد، وعلى هذا إذا بيع صبرة بصبرة مجازفة، ثم كيلا بعد الافتراق عن المجلس، وكانا متساويين كيلاً، لم يجز، وطريقه ما قلنا.

قال القدوري: وكذلك لو اختلف أهل العلم به، فقال بعضهم الثمن أكثر من الفضة

التي في السيف، وقال بعضهم: لا، بل هو مثلها، لا يجوز البيع؛ لأن الرجوع إلى قول البعض ليس بأولى، فيسقط اعتبار قولهم لمكان التناقض، ويلحق قولهم بالعدم، فبقي قولهم كما لا نحكم بجواز البيع، كذا ههنا.

١٣٦٨٦ – وإذا باع الرجل من آخر حلي ذهب فيه لؤلؤ أو جوهر بدنانير، وقبض المشتري الحلي، فهذا على أربعة أوجه: أحدها: أن تكون الدنانير مثل الذهب الذي في الحلي.

الوجه الثاني: أن تكون الدنانير أقل من الذهب الذي في الحلي. الوجه الثالث: إذا كان لا يدرى أن الدنانير التي هي ثمن مثل الذهب الذي في الحلي، أو أقل، أو أكثر، وفي هذه الوجوه الثلاثة لا يجوز البيع أصلاً، لا في الذهب، ولا في الجواهر، سواء أمكن تخليص الجواهر من غير ضرر، أو لم يمكن، أما في الذهب فظاهر، وأما في الجواهر إما إن أمكن تخليص الجواهر من غير ضرر فلأن الجواهر في هذه الصورة كالمتصل حكماً، وإن كان منفصلاً حقيقة، ألا يرى من غصب جوهراً، وركبه في حليه، وأمكن تخليصه من غير ضرر، لا ينقطع حق المالك، كأنه ممتاز حقيقة، ولو كان الجوهر ممتازاً حقيقة، وقد اشتراهما جميعاً بدنانير، والدنانير مثل الذهب، أو أقل، أو لا يدرى، لم يجز البيع في الجوهر، وإن أمكن تخليص الجوهر منه من غير ضرر، فلأن لا يجوز البيع في الجواهر إذا لم يمكن تخليصه إلا بضرر، وقد تمكن في الجوهر بسبب فساد آخر، وهو أنه باع ما لا يقدر على تسليمه إلا بضرر يلزمه، وأما إذا كانت الدنانير التي هي ثمن أكثر من الذهب الذي في الحلي من الذهب، فالبيع جائز في الكل في الذهب وفي الجوهر، فينصرف إلى الذهب الذي في الحلي من الذهب الذي هو ثمن قدر مثله، والباقي بإزاء الجوهر الذهب واللآلي، فبعد ذلك المسألة على ثلاثة أوجه: إن نقد الدنانير التي هي ثمن كلها قبل أن يفترقا، فالعقد مضى على الصحة، أما في حصة الذهب الذي في الحلي، فلأنه صرف، وقد وجد التقابض قبل الافتراق، وأما في حصة الجوهر، فلأنه بيع، وقد قبض ثمنه قبل الافتراق [ولو لم يقبض ثمنه قبل الافتراق](1) لكان لا يفسد العقد بحصول الافتراق فيه عن دين بدين، فههنا أولى، وكذلك إن نقد من الدنانير التي هي ثمن حصة الذهب الذي هو في الحلي يريد به أنه نقد من الدنانير التي هي ثمن قدر حصة الذهب الذي هو في الحلي، ولكن لم ينص على أنه حصة الذهب، فالعقد ماض على الصحة في الكل؛ لأن المنقود يجعل حصة الذهب، وإن لم ينص على أنه حصة الذهب؛ لأن قبض حصة الذهب.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، وم، وف.

في المجلس، ثم فيما يخص الجوهر هل يجوز البيع، ينظر إن لم يكن تخليصه إلا بضرر يفسد البيع في حصة الجوهر؛ لأن ثمن الجوهر لو كان نقدًا، وباقي المسألة بحالها، لا يجوز البيع في حصة الجوهر، فإذا كان نسيئة أولى، وإن أمكن تخليصه من غير ضرر، يجب أن تكون المسألة على الخلاف، على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه: لا يجوز البيع في الجوهر؛ لأن العقد على الذهب كان ربا؛ لأن ربا نسأ يحرم بأحد وصفي علة ربا النقد، فبمجموعهما أولى، وإذا فسد البيع على الذهب بسبب الربا، فسد في الجوهر؛ لأن الربا صار مشروطًا فيه حكمًا ومعنًى؛ لاتحاد الصفقة، فهو نظير ما لو أسلم كر حنطة في كر شعير وزيت، فالعقد يفسد في الزيت عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه؛ لأن العقد فسد في الشعير بمكان الربا، وصار مشروطًا في الزيت معنى لاتحاد الصفقة، وعندهما العقد في مسألة السلم لا يفسد في حصة الزيت، فكذا في هذه المسألة لا يفسد العقد في حصة الجوهر.

١٣٦٨٧- قال هشام: قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إذا باع حلية السيف دون السيف لم يجز، إلا أن يبيعه على أن يقلعه المشتري، فقلعه قبل أن يتفرقا، وإن باعه، ولم يقل: على أن يقلعه، ثم قال البائع قبل أن يتفرقا: قد أذنت لك في قلعه، فإن قلعه قبل أن يتفرقا جاز، وإن افترقا قبل أن يقلعه، فهو باطل، قال هشام: قلت لأبي يوسف رحمه الله تعالى: وإن كان المشتري قد قبض الثمن؟ قال: وإن [كان](١)؛ لأنه لا يكون قابضًا لحليته حتى يقلعها من السيف، قلت لأبي يوسف: أرأيت إن باعه السيف على أن فيه مائة درهم فضة وخمسين درهمًا، فقال البائع: فيه كما شرطت، وقال المشتري: فيه خمسون، فالقول قول البائع، قال أبو الفضل: وهذا الجواب في مسائل السيف على التصادق، أو يجيء شيء من ذلك شيء يحيط العلم بأنه لا يكون فيه.

١٣٦٨٨- وفي «القدوري»: إذا باع السيف المحلى بثمن مؤجل، فنقد المشتري قدر حصة الحلية من الثمن، جاز استحسانًا، وإن لم ينص أن المنقود من حصة الحلية، وقد مر جنس هذا. وكذلك إذا قال: هذا المنقود من ثمنها كان من حصة الحلية خاصة، ويكون معنى قوله من ثمنها من جملة الثمن، وحصة الحلية من جملة الثمن، ولو قال: هذا من ثمن النصل والجفن خاصة، فسد العقد؛ لأنه بين وأوضح(٢)، فلا يمكن حمله على وجه آخر، ولو قال: هذا الذي عجلت من ثمن السيف، كان المعجل من ثمن الحلية؛ لأن السيف اسم للجملة، ألا

(١) ما بين المعقوفين أثبت من «الظهيرية» ٤٢/أ عن «المحيط».

(٢) وفي «ظ»: وأفصح.

يرى أن الحلية تدخل في بيع السيف بغير شرط. وإذا كان السيف المحلى بالفضة بين رجلين، فباع أحدهما نصيبه من السيف من صاحبه يجوز؛ لأنه لو باعه من أجنبي يجوز، فكذا من شريكه، إلا أن الشريك إن لم يجدد القبض حتى افترقا بطل العقد؛ لأن يد كل واحد منهما في نصيب صاحبه يد أمانة، ويد الأمانة لا تنوب عن قبض الشراء.

وإذا اشترى من آخر سيفاً محلى بفضة فيه خمسون درهماً، وقيمة السيف وحده ثلاثة وجفنه خمسون درهماً، اشتراه بمائة درهم، وقبض السيف، ونقد الخمسين، ولم ينقد الخمسين حتى افترقا، فهو جائز؛ لأن المنقود ينصرف إلى الحلية تحيلاً لإبقاء العقد على الصحة، وهذا لأن الظاهر من حال العاقد العاقل الدين إنما يعقد على جهة الجائز حتى لا يبطل شيء من العقد بسبب الافتراق، ولم يعارض هذا الظاهر شيء آخر؛ لأنه ليس في اعتباره تفويت مقصوده، بل فيه تحصيل مقصوده، وهذا بخلاف ما لو اشترى سيفاً محلى فيه خمسون درهماً بسيف محلى فيه خمسون درهماً، وتفرقا من غير قبض فإنه يبطل العقد، ولا يصرف الجنس إلى خلاف الجنس حتى يبقى [العقد جائزاً إذا افترقا من غير قبض][1]؛ لأن الاحتيال لتصحيح العقد غير ممكن هناك؛ لأن ظاهر حالهما إن كان يوجب صرف الجنس إلى خلاف الجنس حتى يبقى العقد على الصحة، فقد عارض هذا الظاهر ظاهر آخر يوجب صرف الجنس إلى الجنس حتى يتقابضا في المجلس، فيحصل مقصود كل واحد منهما بالعقد، وإذا تعارضا فقد الاحتيال لبقاء العقد جائزاً، فبطل ضرورة.

١٣١٨٩ - وإذا اشترى سيفاً مموهاً بفضة، أو لجاماً مموهاً بفضة بدراهم أقل مما فيه، أو أكثر يجوز، فرق بين هذا وبين ما إذا باع سيفاً محلى بفضة بدراهم حيث لا يجوز ما لم تكن الدراهم التي هي الثمن أكثر من الفضة التي في الحلية، واعلم بأن المموه المفضض تمويه الذهب أو الفضة، فالمذهب ما جعل فيه عين الذهب، والمفضض ما جعل فيه عين الفضة، والفرق من وجهين:

أحدهما: أن الفضة بالتمويه تصير مستهلكة، وكذلك الذهب بالتمويه يصير مستهلكاً، ألا يرى أن بعد التمويه لا يمكن تمييزه، وإذا صار مستهلكاً صار ملحقاً بالعدم، ولو انعدمت كان البيع جائزاً على كل حال، لأنه صار بائعاً لجاماً بدراهم، كذا ههنا، أما الحلية فلم تصر مستهلكة، بل هي قائمة حقيقة، ألا يرى أنه يمكن تمييزها، وإذا لم تصر مستهلكة صار بائعاً حلية ونقرة بدراهم، فلا يجوز البيع ما لم تكن الدراهم أكثر، كذا ههنا

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من م و ف.

والفرق الثاني: إنا قلنا: إن الفضة بالتمويه لا تصير مستهلكة إلا أنها خرجت عن حد الوزن؛ لأنه لا يمكن وزنها، لا في الحال، ولا في الثاني؛ لأنها لا تتخلص، وإذا لم تبق موزونة لم يبق مال الربا، كحبة من الحنطة لا يكون مال الربا؛ لأنها ليست بمكيلة، كذا هنا، فأما الحلية لم تخرج من أن تكون موزونة؛ لأنه يمكن معرفتها بالوزن في الثاني؛ لأنها مما يتخلص، إلا أنه زال عنها صفة الوزن في الحال بعارض يتوهم زواله، وما زال من الصفات إذا كان بعارض يتوهم عوده، لا يعتبر زائلا حكمًا، فبقيت الحلية موزونة كما كانت، وإذا بقيت موزونة، فبيعها موزون بيع بجنسه، فلا يجوز إلا متساويًا -والله أعلم-

فإن قيل: الفضة منصوص عليها، والحكم في المنصوص عليه يثبت بالنص، لا بالعلة؟

قلنا: بلى الحكم في المنصوص عليه يثبت بالنص، لكن يجب النظر في أن المنصوص عليه ماذا؟ فنقول: المنصوص عليه فضة موزونة، وحنطة مكيلة، قال عليه الصلاة والسلام: «الفضة بالفضة مثل بمثل وزن بوزن، والحنطة بالحنطة مثل بمثل كيل بكيل» معناه بيع الفضة بالفضة [مشروع متماثلا في الوزن، وبيع الحنطة بالحنطة مشروع متماثلا في الكيل، وإنما يتحقق بيع الفضة بالفضة متماثلا وزنا فيما يتأتى فيه الوزن، وكذلك بيع الحنطة بالحنطة إنما يتحقق](1) متماثلا كيلا فيما يتأتى فيه الكيل، وإذا ثبت أن المراد الفضة الموزونة، والحنطة المكيلة بالحنطة المكيلة [صار تقدير الحديث بيع الفضة الموزونة بالفضة الموزونة مشروع متماثلا، وبيع الحنطة المكيلة بالحنطة المكيلة](2) مشروع متماثلا، ولو صرح بهذا كان الداخل تحت النص الموزون والمكيل، لا غير الموزون والمكيل، وما لا يدخل تحت النص، فالحكم يثبت فيه بالعلة، لا بالنص والعلة، وهي الوزن لم توجد، ولكن الفرق الأول أصح بدليل أن محمدًا قال: لو باع بدراهم إلى أجل، كان جائزًا، ولو بقيت الفضة بعد التمويه، ولكنها خرجت عن حد الوزن، لكان لا يجوز إذا كان الثمن مؤجلا؛ لأن الجنس بانفراده يحرم النساء، وحيث جوز البيع بالنسيئة علم أنه جعل الذهب بالتمويه مستهلكًا، وألحقه بالعدم، ولو انعدم كان هذا بيع النحاس، وبيع الحديد بدراهم، فيجوز كيف ما كان.

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ط وم وب.

(2) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من م.

الفصل الثاني عشر
في الوكالة في الصرف

١٣٦٩٠ - وإذا وكل الرجل رجلين بدراهم أن يصرفاها، فليس لأحدهما أن يصرف دون الآخر؛ لأن عقد الصرف أمر يحتاج إلى رأي، وقد فوض ذلك إلى رأيهما، ورأي الواحد لا يكون كرأي الاثنين، فإن عقدا جميعاً، ثم ذهب أحدهما قبل القبض، بطل حصة الذاهب، وهو النصف، وبقي حصة الباقي؛ وهو النصف، وهذا لأن القبض من حقوق العقد، والوكيل في حقوق العقد كالمالك، ولو كانا مالكين، فعقدا عقد الصرف، ثم ذهب أحدهما قبل القبض، بطل حصة الذاهب، وبقي حصة الباقي، كذا ههنا، فقد جوز قبض أحدهما؛ وإن كانا وكيلين بالعقد.

وفرق بين هذا وبين الوكيلين بقبض الدين إذا قبض أحدهما دون الآخر، حيث لا يجوز، والفرق أن الوكيل بالقبض يقبض بحكم الأمر، ألا يرى أن المالك لو عزله عن القبض صح عزله، والمالك إنما رضي بقبضهما وأمانتهما، فلا يكون راضياً بقبض أحدهما، فأما الوكيل في باب الصرف إنما يقبض بحق الملك، ألا ترى أنه لو عزله المالك عن القبض، لا يعمل عزله، فإذا قبضه بحق الملك، كان الوكيلان بالصرف في حق القبض كالمالكين، ولو كانا مالكين، فذهب أحدهما، وقبض الآخر، جاز، كذا ههنا، وإن ذهب الوكيلان من مجلس الصرف، كل واحد منهما إلى ناحية أخرى، فقبض رب المال لا يجوز، لما ذكرنا أن الوكيلين في حق حكم القبض بمنزلة المالكين، ولو كانا مالكين، فذهب عن مجلس العقد، كل واحد منهما إلى ناحية، ووكلا رجلاً بالقبض، فقبض لم يجز، كذا هنا.

١٣٦٩١ - وإذا وكل الرجل رجلاً بدراهم يصرفها له بدنانير، فصرفها الوكيل، وتقابضا، وأقر المشتري الدراهم بستوقة لدرهم، ثم جاء مشتري الدراهم بدرهم زيف، وقال: وجدتها في تلك الدراهم، فقبله الوكيل، وأقر أنه من تلك الدراهم، لزم الوكيل دون الموكل؛ لأن الرد على الوكيل حصل بإقراره، فإنه لولا إقراره أن هذا من تلك الدراهم، وإلا لما تمكن مشتري الدراهم من رده لما أقر بالاستيفاء، والرد بالعيب على الوكيل إذا كان بإقرار الوكيل، لا يلزم المردود الموكل، كما في بيع العين.

قال: ولو جحد الوكيل أن هذه الدراهم من تلك الدراهم، فأقام مشتري الدراهم بينة أن

هذا من تلك الدراهم، ولم يكن أقر مشتري الدراهم بالاستيفاء، فالقاضي يقبل بينته، ويرد الدراهم على الوكيل، ويلزم الآمر، فمن مشايخنا من قال ما ذكر في الكتاب: إن القاضي يقبل منه مشتري الدراهم أن هذا الدرهم من تلك الدراهم إذا لم يقر بالاستيفاء خطأ؛ لأن في هذه الصورة القول قول مشتري الدراهم أن هذا الدرهم من تلك الدراهم استحسانًا، كما في مسألة السلم إذا جاء المسلم إليه بدرهم زيف، وقال: وجدت هذا في رأس المال، ولم يكن أقر بالاستيفاء، كان القول قوله استحسانًا، كذا هنا، وإذا كان القول قوله لم تكن هذه الصورة موضع إقامة البينة، والبينة من غير موضعها لا يجب سماعها، وفي هذا قال شمس الأئمة السرخسي، والشيخ الإمام شيخ الإسلام خواهرزاده: صحيح ما ذكر محمد في الكتاب، فقال: بلى القول قول مشتري الدراهم في هذه الصورة استحسانًا، ولكن مع يمينه، فهو بهذه البينة أسقط اليمين عن نفسه، والبينة لإسقاط اليمين مقبولة، ألا ترى أن المودع إذا أقام البينة على الرد أو الهلاك قبلت بينته مع أن القول في الرد والهلاك قوله، إنما قبلت لإسقاط اليمين عن نفسه، كذا هنا.

وكان الإمام أبو عبد الله الخيزاخزي يقول: ليس في الكتاب أن مشتري الدراهم يكلف إقامة البينة، وإنما فيه أنه إذا أقام البينة قبلت بينته، وإنما أقام البينة لدفع اليمين عن نفسه، فكان كالمودع، قال: وكذلك إن استحلف الوكيل على ذلك، فنكل، ورد عليه بنكوله، لزم الموكل، هكذا ذكر محمد، بعض مشايخنا قالوا: هذا الجواب خطأ أيضًا؛ لأنه لا يمين على الوكيل في هذه الصورة، وإنما اليمين على مشتري الدراهم أن هذا الدرهم من تلك الدراهم؛ لأن الشرع جعل القول قول مشتري الدراهم في هذه الصورة، ومن جعل القول قوله شرعًا يتوجه عليه اليمين، فإنما يرد إذا حلف على ذلك، أما أن يحلف الوكيل فلا، وإنما الصحيح من الجواب أن يحلف مشتري الدراهم، ويرد على الوكيل، ويكون ذلك ردًا على الآمر؛ لأنه رد على الوكيل بغير اختياره، فهو حجة في حق الآمر، فيظهر ذلك في حق الآمر، قلنا: ما ذكر من الجواب صحيح، ولكن على طريق القياس، لا على طريق الاستحسان؛ لأن على طريق الاستحسان لا يمين على الوكيل، وعلى طريق القياس على الوكيل اليمين، فالقول قول الوكيل مع يمينه، كما في بيع العين، فكان ما ذكر من استحلاف الوكيل، ونكوله ذكر على طريق القياس، والله أعلم.

١٣١٨٢ - وإذا وكل الرجل رجلًا بدراهم يصرفها له بدنانير، فصرفها، وتقابضا، ليس للوكيل أن يأخذ من ذلك في الدنانير شيئًا؛ لأن الدنانير ملك الموكل؛ لأنها ثمن

دراهمه، ولم يأذن الموكل للوكيل بالتصرف فيها. وإذا وكل الرجل رجلاً بأن يشتري إبريق فضة بدراهم، فاشتراه بدراهم أو بدنانير، أو وكله بأن يشتري له إبريق فضة بعينه بدراهم، فاشتراه بدراهم، كما أمره، ونوى أن يكون المشترى لنفسه، كان المشترى للآمر، ولو اشتراه بدنانير، أو عرض، كان المشترى للوكيل، ولو كان وكله بأن يشتري إبريق فضة بعينه ولم يسم الثمن فاشتراه بدراهم أو دنانير، فالمشترى للوكيل، ولو اشتراه بعرض أو شيء آخر من المكيل أو الموزون، فالمشترى للوكيل، وهذا لأن مطلق التوكيل بالشراء ينصرف إلى الشراء بالنقد، فكأنه صرح به، وهناك إذا اشتراه بالدراهم أو الدنانير، كان المشترى للموكل، ولو اشتراه بشيء من المكيل أو الموزون، كان المشترى للوكيل، كذا هنا. ولو وكله بفضة له يبيعها، ولم يسم له الثمن، فباعها بفضة أكثر منها، لم يجز، كما لو باعها الموكل بنفسه، ولا يضمن الوكيل؛ لأنه موافق أمر آمره؛ لأن التوكيل بالبيع مطلقًا ينصرف إلى البيع الجائز والفاسد جميعًا، قال: والذي وكل آخر ببيع الفضة من الوكيل، يرد به الفضة التي قبضها الوكيل من مشتري الإبريق؛ لأن الفضة التي قبضها الوكيل ملك الموكل؛ لأنه بدل ملكه، إذ البيع قد نفذ على الموكل على ما ذكرنا. قال: إلا أنه يأخذ من الوكيل مثل وزن فضته، وإن كان الكل ملكًا له لأنه لو أخذ زيادة على ذلك، يلزمه أن يرده ثانيًا على الوكيل، حتى يرده الوكيل على المشتري. فلا يفيد أخذ الزيادة، والشرع لا يرد بما لا يفيد.

قالوا: تأويل ما قال محمد: أن الموكل أحق بالفضة التي قبضها الوكيل أن الموكل إذا كان بحال لا يقدر على أخذ فضته بعينها، بأن غاب قابضها، أو كان حاضرًا، وقد استهلكها، فمتى كانت الحالة هذه كان له أن يأخذ مما في يد الوكيل مثل فضته؛ لأن فضته صارت دينًا على القابض، وقد ظفر بجنس حقه من مال القابض. وكان له أن يأخذ ذلك؛ فأما إذا كان قادرًا على أخذ فضته بعينها، فإنه يأخذ ذلك حتى يزول المعصية، ولا يأخذ ما في يد الوكيل؛ لأن فيه تقرير الفساد، وسبب الفساد رفعه لا تقريره. وإذا وكل الرجل رجلاً يبيع له تراب الصواغين، أو تراب المعادن، كان جائزًا؛ لأن الموكل يملك البيع بنفسه [فيملك التوكيل به، فإن باعه بذهب أو فضة، لم يجز، كما لو باع ذلك الموكل بنفسه](١). وهذا لأن الشراء إنما يقع على ما في التراب من الذهب أو الفضة، لا على نفس التراب، فإذا لم يعلم أن في التراب شيء من ذلك، لم يكن محل البيع موجودًا بيقين، فلا يمكن القول بجوازه. وإن علم أن في التراب فضة هي مثل الفضة التي هي ثمن، أو ذهب هو مثل الذهب الذي هو ثمن، ورضي به

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م و ب.

المشتري، فإن علم بذلك في مجلس العقد، فهو جائز [وللمشتري الخيار ليكشف الحال، فهو كمن اشترى شيئًا لم يره، ثم رآه، فإن رده بغير حكم جاز][1] على الآمر بمنزلة الرد بخيار الشرط والرؤية، وإن علما به بعد ما تفرقا، لا يجوز البيع، وإن باعه بعرض، وقد علم أن في التراب ذهب، أو فضة، أو ذهب وفضة، جاز البيع على قول أبي حنيفة، خلافًا لهما؛ لأنه وكله بالبيع مطلقًا، والوكيل بالبيع مطلقًا يملك البيع بأي ثمن كان عند أبي حنيفة، وعندهما لايملك البيع إلا بالنقد، وإن لم يعلم أن فيه أحدهما، أو كلاهما، فباعه بالعرض، جاز عند الكل، أما عند أبي حنيفة ؛ فظاهر، وأما عندهما فلأن في هذه الصورة وهو ما إذا لم يعلم أن فيه أحدهما أو كلاهما، لايجوز له البيع لا بالدراهم ولا بالدنانير، وإنما يجوز بيعه بالعرض [ومطلق التوكيل بالبيع ينصرف إلى الجائز والفاسد، فيصير البيع بالعرض][2] ههنا داخلا تحت التوكيل، ولو وكله بأن يزوجه بهذا التراب امرأة، وهو تراب معدن، أو تراب الصواغين، فزوجه امرأة، ينظر إن كان فيه عشرة دراهم أو أكثر، فلها ذلك، وإن كان أقل من عشرة دراهم يكمل لها عشرة، كما لو تزوج الموكل بنفسه، ولو وكله أن يبيع سيفًا محلا له، أو منطقة مفضضة له، فباعه بفضة هي أقل، فالبيع فاسد، وكذلك لو باعه بنفسه، فالبيع فاسد، وكذلك لو باعه بشرط، فالبيع فاسد، كما لو باع الموكل بنفسه، ولا ضمان على الوكيل؛ لو ضمن ضمن بسبب فساد العقد، ولا رجعه إليه؛ لأن التوكيل بالبيع المطلق يتناول الجائز والفاسد جميعًا، ولو وكله بحلي ذهب فيه ياقوت، أو زبرجد، أو لؤلؤ يبيعه له، فباعه له بدراهم نقد، وتفرقا قبل القبض، بطل حصة الحلي؛ لأنه صرف، ويبطل حصة اللؤلؤ والجوهر أيضًا إن كان لا يمكن تسليمه إلا بضرر، وإن أمكن تسليمه من غير ضرر، لا يبطل حصة اللؤلؤ والجوهر، ولو وكله أن يشتري له فلوسًا بدراهم، فاشتراها، وقبضها، وكسدت في يد الوكيل قبل أن يدفعها إلى الموكل، فهي للذي وكله؛ لأن قبض الوكيل بمنزلة قبض الموكل من حيث إن الوكيل في القبض عامل للموكل، ألا ترى أنه لو هلك في يد الوكيل، كان بمنزلة ما لو هلك في يد الموكل، فكأنها كسدت في يد الموكل، ولو كسدت قبل أن يقبضها الوكيل، فإن للوكيل بالخيار إن شاء أخذها، وإن شاء ردها، هكذا ذكر في الكتاب.

قال شيخ الإسلام: هذا إنما يستقيم على طريقة القياس؛ لأن على طريقة القياس الكساد بمنزلة العيب، وتعيب المبيع قبل القبض يوجب الخيار للموكل، أما لا يستقيم على طريقة

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و م وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و م وف

الاستحسان؛ لأن على طريقة الاستحسان الكساد بمنزلة الهلاك، ولهذا ينتقض العقد بالكساد قبل القبض، والعقد إذا انتقض لا معنى لإثبات الخيار للموكل بعد ذلك.

١٣١٩٣ - وإذا وكل الرجل رجلاً أن يشتري له طوق ذهب بعينه بألف درهم، ودفع إليه الألف، فاشترى الوكيل الطوق بألف درهم، ونقد الثمن، فقبل أن يقبض الوكيل الطوق كسرت رجل الطوق في يد البائع، كان للوكيل الخيار، إن شاء أمضى البيع، واتبع الكاسر بقيمة الطوق مصوغًا من خلاف جنسه، وإن شاء فسخ العقد، ودفع إليه البائع إن شاء عين تلك الدراهم، وإن شاء مثلها، فإن أمضى الوكيل العقد، وأخذ من الكاسر قيمة الطوق، ليس للموكل أن يأخذ من الوكيل تلك القيمة، وإنما يأخذ من الوكيل مثل تلك الدراهم التي دفع إليه، وهذا لأن الوكيل بأخذ القيمة صار بائعًا الطوق من الكاسر؛ لأن ضمان الكسر يفيد الملك للكاسر في المكسور، وقت التضمين؛ لأن حق قبض الطوق كان له بحكم العقد، فيكون له قبض بدله، لكون البدل قائمًا مقام المبدل، فإذا صار بائعًا الطوق المكسور من الكاسر حكمًا بالتضمين يعتبر بما لو باعه منه حقيقة، بأن أخذ المكسور فقبل أن يأخذه الموكل منه باعه من غيره، ولو كان هكذا كان بدل المكسور للوكيل، لا سبيل للموكل عليه؛ لأن بدل المكسور على هذا الاعتبار ملك الوكيل؛ لأن الوكيل متى رضي بعيب فاحش يصير المشتري على كالته، إلا أن يشاء الموكل أن يأخذه كذلك، كان المشتري ملك الوكيل، فيكون البدل ملك الوكيل، فلا يكون للموكل عليه سبيل، وإنما للموكل أن يأخذ من الوكيل مثل الدراهم التي دفعها إليه، فكذا إذا صار بائعًا المكسور من الكاسر حكمًا بأخذ القيمة.

١٣١٩٤ - وإذا وكل الرجل رجلاً بطوق ذهب يبيعه له، فباعه، وانتقد الثمن، وسلم الطوق إلى المشتري، فجاء المشتري بعد القبض، وقال: وجدت الطوق صفرًا مموهًا بالذهب، وأنكر الآمر، فالمسألة على وجهين: الأول: أن يجحد الوكيل ذلك، فأقام المشتري عليه البينة بذلك، أو لم يكن للمشتري بينة، فحلف الوكيل، فنكل، ورد القاضي الطوق عليه، وفي هذين الوجهين الطوق يلزم الموكل.

الوجه الثاني: أن يقر الوكيل، وفي هذا الوجه المسألة على وجهين أيضًا: إن رد عليه بغير قضاء، كان ذلك ردًا على الوكيل، وليس له أن يخاصم الموكل في ذلك، وإن رد عليه بقضاء قاض، لزم الوكيل أيضًا، ولكن للوكيل حق مخاصمة الموكل هنا، والكلام في هذا نظير الكلام في الوكيل ببيع العبد إذا باع العبد، وانتقد الثمن، ثم طعن المشتري بعيب في العبد، ورده على الوكيل، وهناك الجواب على التفصيل الذي ذكرنا في مسألة الطوق، قال:

وأكره للمسلم أن يوكل ذميا أن يصرف له دراهم أو دنانير؛ لأنه يستحل الربا، فيخشى أن يوقعه في الحرام، مع هذا لو فعل جاز؛ لأن الوكيل أهل لما وكل به؛ لأن الأهلية بالمعرفة والتمييز، وقد وجد، وإذا وكله بدراهم يصرفها، فصرفها مع عبد للموكل فهذا على وجهين: الأول: أن لا يكون على العبد دين، وفي هذا الوجه لا يجوز صرف الوكيل مع العبد[1] كما لو فعل الموكل ذلك بنفسه، ولكن لا ضمان على الوكيل؛ لأنه سلم الأمانة إلى عبد صاحب الأمانة، فلا يضمن، كالمودع إذا دفع الوديعة إلى عبد صاحب الوديعة، وإن كان على العبد دين يجوز، كما لو فعل المولى ذلك بنفسه، ولكن لا يسلم الوكيل المبيع إلى العبد حتى يستوفي منه الثمن، ألا ترى أن الموكل لو باع بنفسه، كان له الحبس إلى أن يستوفي الثمن، وإذا سلم يبطل حقه بالثمن، فكذا في الوكيل.

١٣٦٩٥ - وإذا وكل الرجل رجلا بدراهم يصرفها له، فصرفها له، فصرفها بدنانير هي أقل من قيمة الدراهم، إن كان النقصان بحيث يتغابن الناس في مثله، يجوز، وإن كان بحيث لا يتغابن الناس في مثله، لا يجوز، أما على قولهما: لأن الوكيل بالمصارفة إما أن يعتبر وكيلا بالبيع، أو بالشراء، وبأي ذلك اعتبرناه لا يتحمل منه الغبن الفاحش عندهما، وأما على قول أبي حنيفة، فلأن الوكيل بالمصارفة وكيل بالبيع من وجه، وبالشراء من وجه؛ لأن كل واحد من بدلي الصرف ثمن من وجه، مثمن من وجه، فمن حيث إنه وكيل بالبيع إن كان يتحمل منه الغبن الفاحش [عند أبي حنيفة، فمن حيث إنه وكيل بالشراء لا يتحمل منه الغبن الفاحش، فلا يتحمل منه الفاحش][2] لذلك، وإن صرفها مع شريك مفاوض للوكيل، لا يجوز، كما لو صرفها مع نفسه، وهذا لأنه لهذا التصرف يثبت للوكيل ملك الرقبة، والتصرف في نصف الدراهم؛ لأن الدراهم يصير مشتركا بين الوكيل وبين شريكه المفاوض، ويصير نصف الدراهم للوكيل رقبة وتصرفا، ويثبت له ملك التصرف في النصف الآخر الذي هو لشريكه، وله في التصرف في نصيب شريكه منفعة، فإنه يحصل له الربح، فصار في معنى المصارفة مع نفسه من هذا الوجه، وهو لا يملك المصارفة مع نفسه، وكذلك لو باعها من شريك مفاوض للآمر، لا يجوز، كما لو باع الآمر بنفسه، وهذا لأن هذا البيع لا يفيد، إلا ما كان ثابتًا من قبل؛ لأن الدراهم المبيعة كانت مشتركة بين الآمر، وبين شريكه المفاوض، والدنانير التي يقبضها الوكيل من المفاوض أيضًا مشتركة بينهما، فهذا التصرف لا يفيد إلا ما كان ثابتًا، فلا يحكم بجوازه،

---

(١) هكذا في جميع النسخ التي توجد لدينا.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وق.

وإن صرفها مع شريكه الآمر في الصرف غير مفاوض له يجوز، كما لو فعل الآمر ذلك بنفسه، وهذا لأن مصارفة الآمر مع شريكه له في الصرف مفيدة؛ لأن الشريك يستفيد بهذا التصرف ما لم يكن ثابتًا له، وهو التصرف في هذه الدراهم، ويخرج به ما كان في الشركة، وهو الدراهم، فكان هذا التصرف مفيدًا، فيجوز، وإذا كان يجوز هذا التصرف من الآمر، فكذا من وكيله وإذا وكله بألف درهم يصرفها وهما بالكوفة، ولم يسمّ له مكانًا، ففي أي ناحية من الكوفة صرفها، فهو جائز؛ لأنه لو صرفها في بلدة أخرى يجوز، فهذا أولى. وإن خرج بها من الحيرة، وصرفها ثمة، فهو جائز، ولا ضمان على الوكيل. أما جواز البيع فلأن الأمر بالبيع مطلق، فلا يتقيد بمكان الآمر إلا بدليل مقيد، ولا دليل فيما لا حمل له ولا مؤنة؛ لأن قيمته لا تختلف باختلاف الأمكنة، ففي أي مكان صرفها كان ذلك بأمره، فيجوز، وأما لا ضمان على الوكيل، وإن سافر بها، والأمر بالبيع لا يقتضي الإذن بالمسافرة؛ لأن البيع ممكن من غير أن يسافر بها؛ لأنا نقول: الإذن بالمسافرة إن لم يثبت بمقتضى الأمر بالبيع ثبت بمقتضى الأمر بالحفظ؛ لأنه لما دفع الدراهم إليه ليصرفها، فقد أمره بحفظها، ولم يتقيد الأمر بالحفظ بمكان الأمر نصًا، ولم يتقيد به دلالة الحال للآمر، حتى لا يلزمه مؤنة الرد من غير تحصيل ما هو المقصود بالأمر عند الرد عليه، إذ ليس له حمل ومؤنة [فيقع الأمر بالحفظ عامًا، فكان له الحفظ بالأماكن كلها، وهذا إذا لم يكن لما وكل به حمل ومؤنة، وأما إذا كان له حمل ومؤنة](١) كالحنطة والطعام وأشباه ذلك، فباعها في بلد أخرى غير الكوفة إن لم ينقلها إلى ذلك البلد، جاز البيع قياسًا واستحسانًا، وإن نقلها إلى بلد آخر، وباع ذكر في كتاب الصرف في رواية أبي سليمان: أنه إذا نقل إلى مكة، واستأجر لذلك، فإن ضاع، أو سرق منه، فهو ضامن، وإن سلم حتى باع، أجزت البيع، ولم ألزم الآمر من الأجر شيئًا، وذكر في رواية أبي حفص أجزت البيع إذا باعه بمثل ثمنه في الموضع الذي أمره ببيعه، وذكر هذه المسألة في كتاب الوكالة، وقال: أستحسن، وأضمنه، ولا أجيز البيع، اتفق عليه رواية أبي سليمان، وفي رواية أبي حفص، فكان ما ذكر في كتاب الصرف في رواية أبي سليمان: أنه إذا سلم حتى باع أنه يجوز البيع جواب القياس، لا جواب الاستحسان فصار حاصل المسألة أن فيما له حمل ومؤنة إذا باعه الوكيل في مصر آخر جاز قياسًا، ولا يلزم الآمر شيء من الأجر، وفي الاستحسان: لا يجوز البيع، وجه القياس في ذلك أنه لو لم يجز البيع في مصر آخر، إنما لم يجز كيلا يلزم المالك الكراء، ولا يلزمه الكراء ههنا متى جوزنا بيع الوكيل؛ لأن الوكيل في النقل مخالف؛ لأن

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وأثبتناه من ظ وم وف.

العرف فيما بين الناس أن من دفع إلى غيره شيئًا له حمل ومؤنة ليبيعه، فإنما يريد البيع في المكان الذي دفعه إليه، حتى لا يلزمه الكراء ومؤنة النقل من غير [أن] يحصل له مقصوده وهو البيع، فهو معنى قولنا: أن الوكيل مخالف في النقل، فلا يلزم الآمر الكراء، ولا يمنع جواز بيعه، ولا ترتفع الوكالة بالنقل؛ لأن هذا خلاف من حيث العمل، والخلاف من حيث العمل لا ترتفع الوكالة على ما عرف في موضعه، ووجه الاستحسان أنا لو أجزنا بيعه في مصر آخر، وجعلنا بيعه بأمر الآمر، يجب الكراء على الآمر؛ لأن الحمل يحصل للآمر، فيجب الكراء عليه، ولا وجه إلى إيجاب الكراء على الآمر [لأن الآمر لم يرض به، وبهذا أنه لم يرض به ما ذكرنا من العرف في وجه القياس، بخلاف ما إذا باعه] في مصر آخر من غير أن يحمله إلى ذلك المصر؛ لأن هناك لا يلزم الآمر الكراء، فلهذا جوزنا بيع الوكيل، وهذا هو الصحيح فيما لا حمل له ولا مؤنة.

١٣١٩٦ - وإذا وكل الرجل رجلا بألف درهم يصرفها له، ثم إن الموكل صرف تلك الألف بنفسه، فجاء الوكيل بعد ذلك إلى بيت الموكل، وأخذ من بيته ألفًا غيرها، وصرفها. فهو جائز على الموكل، فلم يجعل الألف التي أضيف إليها الوكالة معينة في حق بطلان الوكالة متى صرفها الموكل بنفسه.

وقال: لو دفع الموكل تلك الألف إلى الوكيل، فسرقت من يده، أو هلكت في يده بطلت الوكالة. وجعل الألف بعدما دفعها إلى الوكيل متعينة في حق بطلان الوكالة متى سرقت من يده، أو هلكت في يده، والوجه في ذلك أن الوكالة بالشراء بمعنى الشراء من حيث إنها سبب لثبوت الشراء في الثاني بين الوكيل وبين الموكل متى حصل الشراء من الوكيل؛ فإن الوكيل يصير بائعًا ما اشترى من الموكل، ولذلك الوكالة السابقة، ولهذا كان للوكيل حبس المشترى من الموكل بالثمن، وإذا كانت الوكالة بالشراء سببًا لثبوت الشراء في الثاني، ألحق بالشراء، والدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء قبل القبض بإضافة الشراء إليهما، ويتعينان بالقبض، فكذا في الوكالة بالشراء التي التحقت بالشراء، وهذا بخلاف ما لو أمره ببيع شيء بعين بالتعيين.

ثم إن الموكل باع ذلك الشيء بنفسه، فإنه تبطل الوكالة حتى لا يكون للوكيل أن يأخذ مثله من بيته ويبيعه؛ لأنا ألحقنا الوكالة بالشراء، فيما يتصل بالشراء، فنعمل في الوكالة

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و م و ب.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ط و م و ب.

والفلوس بمنزلة الدراهم في أنها لا تتعين بالشراء، فكذا في الوكالة.

وإذا وكّله بدراهم، يصرفها له بدنانير، وهما بالكوفة، فصرفها بدنانير، يدفعها كوفية مقطّعة، فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز، إلا إذا صرفها بدنانير شاميّة، وأراد بالكوفية المقطّعة الخفاف التي فيها غشّ، لا المكسّرة، وأراد بالشاميّة الثقال.

واعلم بأن الوكالة تنصرف إلى نقد البلد؛ لما ذكرنا أن الوكالة ألحقناها بالشراء، والشراء ينصرف إلى نقد البلد، فكذا الوكالة، وقد كان نقد البلد في زمن أبي حنيفة الكوفية المقطّعة والشامية، وأفتى على ما شاهد في زمانه، وصرف الشراء والوكالة إلى المقطّعة والشاميّة، وفي زمن أبي يوسف ومحمد كان نقد البلد الشاميّة لا غير، فصرف الوكالة والشراء إلى الشاميّة، وأفتيا على ما شاهدا في زمانهما، فهذا في الحقيقة اختلاف عصر وزمان.

١٣١٩٧ - وإذا وكّله أن يشتري له بهذه الدنانير دراهم غلّة، ولم يسمّ غلّة الكوفة أو غلّة بغداد، فهذا على غلّة الكوفة يريد به: إذا كان التوكيل بالكوفة، وهذا لما ذكرنا أن الوكالة معتبرة بالشراء.

ولو أنه اشترى شيئاً بكذا درهم غلّة، وهما بالكوفة، كان الشراء على غلّة الكوفة، فكذا الوكالة، فإن اشترى بها غلّة بغداد وغلّة البصرة، فإن كان مثل غلّة الكوفة أو فوقها، جاز؛ لأنه أتى بما أمر به وزيادة، وإن كان دون غلّة الكوفة لا يجوز.

١٣١٩٨ - ولو وكّله بأن يبيع هذه الدراهم بكذا دينار شاميّة، فباعها بدينار كوفيّة، فإن كانت الكوفيّة غير مقطّعة، وكان وزنها وزن الشاميّة يجوز على الآمر؛ لأنه أتى بمثل ما أمر به إن لم يأت بعين ما أمر به.

ثم قال: وليس الدنانير في هذا كالدراهم بدراهم؛ لأن في الدراهم لا تعتبر زيادة الوزن زيادة جودة، وفي الدنانير تعتبر زيادة الوزن زيادة جودة، حتى قال: لو وكّله بأن يبيع هذه الدراهم بكذا دينار شاميّة، فباع بكذا دينار كوفيّة، فإن كانت الكوفيّة وزنها مثل وزن الشاميّة، جاز على الآمر، وإلا فلا.

وقال: ليس لو وكّل رجلاً أن يبيع هذه الدنانير بكذا درهم غلّة الكوفة، فباعها بغلّة بغداد، أو بغلّة البصرة، قال: إن كان غلّة البصرة مثل غلّة الكوفة، جاز، ولم يشترط أن يكون بمثل وزن غلّة الكوفة، وإنما كان كذلك؛ لأن المقصود من الغلّة الإنفاق في حق صاحبها، وإنما يحصل ذلك بغلّة الكوفة، أو مثلها.

والمقصود من شراء الدنانير الربح، وذلك يختلف باختلاف الوزن، فإن رغبة الناس في الدنانير الثقال أكثر، فإن كان وزن الكوفية مثل وزن الشامية، فقد حصل المقصود، فيجوز، وما لا فلا.

ولو قال: بعها بدنانير عتق، فباعها بشامية لا يجوز على الآمر؛ لأن المقصود لا يحصل بهذا؛ لما للعتيق من الصرف على الشامية.

١٣١٩٩ وإذا أقرض الرجل رجلاً ألف درهم، وقبضها المستقرض، ثم إن المقرض قال للمستقرض: اصرف الدراهم التي لي عليك، ولم يبين مع من يصرف، لا يصح التوكيل عند أبي حنيفة رحمه الله، ويقع الصرف للمستقرض، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: يصح التوكيل، ويقع الصرف للمقرض.

وهذه المسألة بناء على مسألة معروفة في كتاب البيع، إذا قال رب الدين لمديونه: أسلم ما لي عليك من الدين في كذا، ولم يبين مع من يسلم، وهناك لا يصح التوكيل عند أبي حنيفة، خلافاً لهما، فهنا كذلك.

وأما إذا قال: اصرفها ولم يرد عليه، لا يصح التوكيل عندهم جميعاً؛ لأن الهاء في قوله: اصرفها، يجوز أن تكون كناية عن الألف التي قبضها المستقرض، ويجوز أن تكون كناية عن الألف التي صار ديناً للمقرض في ذمة المستقرض، فإن كان كناية عن الألف التي قبضها المستقرض لا يصح التوكيل؛ لأن تلك الألف صارت ملكاً للمستقرض فهذا أمر بالتصرف في ملك الغير وأنه لا يصح، وإن كان كناية عن الألف التي وجبت للمقرض في ذمة المستقرض كان التوكيل صحيحاً؛ لأن هذا أمر بالتصرف في ملك نفسه، والأمر بالتصرف في ملك نفسه صحيح، فيصح التوكيل على هذا التقدير عندهما مطلقاً، وعند أبي حنيفة إذا بين من يصرف إليه، وقع الشك في صحة هذا التوكيل، فلا يصح هذا التوكيل بالشك.

وإن قال: اصرفها لي، إن بيّن من يصرفه إليه، صح التوكيل بلا خلاف، وإن لم يبيّن مع من يصرف، فالمسألة على الخلاف؛ لأن قوله: اصرفها لي، انصرف إلى الدين الذي وجب في ذمة الوكيل؛ لأنه لا يكون صارفاً له، إلا إذا انصرف ذلك إلى الدين الذي في ذمة الوكيل.

أما لو انصرف إلى الدراهم التي قبضها المستقرض، فالصرف لا يكون للموكل، بل يكون للوكيل؛ لأن تلك الدراهم ملك الوكيل، وإذا انصرف قوله: اصرفها، إلى الدين الذي للموكل في ذمة الوكيل، صار كأنه صرح به، وهناك المسألة على الخلاف، كذا هنا.

الفصل الثالث عشر
في الصرف مع مملوكه، وقرابته، وشريكه، ومضاربه والوصي، وما يتصل بذلك

١٣٢٠١- قال محمد رحمه الله تعالى: وإذا باع الرجل من عبده[١] درهمًا بدرهمين، أو درهمين بدرهم، فهذا ليس بربا، سواء كان على العبد دين، أو لم يكن، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «لا ربا بين السيد وبين عبده».

والمعنى في ذلك أن الربا اسم لما سلك بعقد المعاوضة بغير عوض، وما يأخذه المولى من عبده لا يأخذه بعقد المعاوضة، أما إذا لم يكن على العبد دين، فلأن شراء المولى منه لا يصح؛ لأن هذا الشراء لا يفيد للمولى إلا ما كان له، فصار وجود هذا الشراء وعدمه بمنزلة، وصار المولى دافعًا إلى العبد درهمًا أخذ منه درهمين، أو دافعًا إليه درهمين أخذ منه درهمًا، وهذا لا يكون ربا، وأما إذا كان على العبد دين، فلأن شراء المولى منه في هذه الصورة إن كان مفيدًا لأنه يفيد للمولى فيما اشترى ملك الرقبة والتصرف، أو ملك التصرف على حسب ما اختلفوا فيه، إلا أن المولى أن يأخذ كسب عبده المديون لقيام ملكه في رقبته من غير شراء، ولكن يبدل بعدله حق الغرماء، وإذا كان له الأخذ على هذا الوجه من غير شراء، فإذا باع المولى منه درهمين بدرهم، صار كأنه دفع إليه درهمين، وأخذ منه درهمًا من غير شراء، وذلك لا يكون ربا، وإذا باع منه درهمًا بدرهمين، صار كأنه أعطاه درهمًا، وأخذ منه درهمين، فيلزمه رد الدرهم الزائد؛ لأنه أخذ بغير عوض، وقد تعلق به حق الغرماء، لا لمكان الربا.

وأشار في «القدوري»: إلى أن الربا يجري بين المولى وعبده إذا كان على العبد دين، فإنه قال: دين العبد يمنع ملك المولى عند أبي حنيفة، وعندهما إن كان لا يمنع الملك، ولكن يوجب حجر المولى عن التصرف، فصار المولى بمنزلة الأجنبي، فيظهر الربا، كما في ما بين الأجانب.

١٣٢٠٢- ولو باع من مكاتبه درهمًا بدرهمين، أو درهمين بدرهم، لا يجوز، وكان ربا؛ لأن شراء المولى شيئًا من اكتساب مكاتبه، وبيع المولى ماله من مكاتبه جائز؛ لأن المكاتب

---

(١) هكذا في «م»، وكان في الأصل و«ظ»: غيره.

بعقد الكتابة صار أخص بمكاسبه، وصار كالحر يداً وتصرفاً في كسبه، فيجري الربا بينه وبين مولاه، كما يجري بينه وبين سائر الأحرار، ومعتق البعض عند أبي حنيفة بمنزلة المكاتب، وعندهما بمنزلة حر عليه دين، وبأيهما اعتبرناه يجري الربا بينه وبين مولاه، وكذلك يجري الربا بين الرجل وبين أبيه وابنه وسائر قرابته؛ لأن الشراء متحقق فيما بين هؤلاء، فيجري الربا بينهم[1]؛ لما ذكرنا أن الربا اسم لما يملك بالشراء من غير عوض، وكذلك يجري الربا بين الرجل ومن عبد هؤلاء، وبين الرجل ووكيل هؤلاء؛ لأن الشراء من عبد هؤلاء ومن وكيل هؤلاء بمنزلة الشراء من هؤلاء، ويجري الربا بين شريكي العنان إذا لم يكن الصرف من تجارتهما؛ لأن كل واحد منهما فيما ليس من تجارتهما بمنزلة الأجنبي، ولا يجري الربا بين المتفاوضين؛ لأن المبايعة فيما بينهم لا تصح؛ لأنها لا تفيد شيئاً.

١٢٢٠٣ - قال القدوري: ولا يجوز فعل القاضي وأمينه لليتيم، والأب لابنه الصغير، والوصي إلا ما يجوز بين الأجنبيين، وكذلك إذا اشترى الأب من مال ابنه لنفسه، أو المضارب باع من رب المال، لم يجز إلا ما يجوز بين الأجنبيين -والله أعلم-.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ظ" و"م".

الفصل الرابع عشر
في الصرف في المرض

١٢٢٠٤ - قال محمد رحمه الله تعالى : وإذا باع المريض من وارثه ديناً بألف درهم ، وتقابضا ، فإنه لا يجوز ، في قول أبي حنيفة إلا بإجازة الورثة ، ويعتبر وصيته للوارث بالعين ، وكذلك إذا باعه بمثل قيمته ، أو أقل ، فالأصل عند أبي حنيفة أن نفس البيع من الوارث وصية ، ولا وصية للوارث إلا بإجازة باقي الورثة ، وعندهما إذا باعه بمثل القيمة أو أكثر ، يجوز من غير إجازة بقية الورثة ؛ لأن عندهما نفس البيع ليس بوصية ، وإنما الوصية في الحط عن القيمة ، فإذا كان البيع بمثل القيمة ، أو أقل ، لم يوجد الحط ، فلم توجد الوصية ، ولم تتمكن التهمة ، فيجوز ، أجازت الورثة ذلك أو لم يجيزوا .

١٢٢٠٥ - ولو اشترى المريض من ابنه ألف درهم بمائتي دينار ، وتقابضا ، وله ورثة كبار ، ففي قول أبي حنيفة لا يجوز إلا بإجازة الورثة ، سواء كان قيمة دنانيره ألف درهم أو أكثر ، أو أقل ، وعندهما إن كان قيمة دنانيره [ألف درهم أو أ](١) أقل يجوز من غير إجازة باقي الورثة ، وإن كان قيمة دنانيره أكثر من ألف درهم ، فإن أجاز باقي الورثة ذلك ، جاز ، وإن لم يجيزوا يخير الابن المشترى ، إن شاء نقض البيع ، ورد الدنانير ، وأخذ الدراهم ، وإن شاء أخذ من الدنانير مثل قيمة دراهمه ، ورد الفضل ، وإنما يخير الابن المشتري ؛ لأنه إنما بذل الدراهم بمقابلة الدنانير بكمالها ، ولم يسلم له الدنانير بكمالها ، فقد تغير عليه شرطه ، فيكون له الخيار ، فإن شاء رضي به ، وإن شاء نقض العهد ، وسوى هذا رواية أخرى عنهما : أن أصل العقد يبطل إذا حابى المريض وارثه بشيء .

١٢٢٠٦ - وإذا باع المريض من أجنبي ألف درهم بدينار قيمته عشرة دراهم ، وتقابضا ، ثم مات المريض ، والدينار عنده ، ولا مال له غير ذلك ، فللورثة الخيار ، إن شاؤوا أجازوا ذلك ، وإن شاؤوا لم يجيزوا ؛ لأن المريض حابى بالزيادة على الثلث ؛ لأن ثلث ماله ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ، وقد حابى بالزيادة على ذلك ؛ لأنه حابى بمقدار تسعمائة وتسعين ، والمحاباة في مرض الموت وصية ، فصار موصيا بما زاد على الثلث ، والمريض إذا أوصى بما زاد على الثلث ، يقف ذلك على إجازة الورثة ، فإن أجازوا ، جاز ، ويسلم للمشتري جميع

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه العبارة من "ف" .

الألف، والدينار لورثة المريض، وإن لم يجيزوا، فالمشتري بالخيار، إن شاء نقض البيع، وإن شاء أجاز، وإنما يخير المشتري لأنه باشر هذا العقد ليسلم له الألف بكماله بمقابلة الدينار، ولا يسلم له ذلك. كذا ههنا، فيعتبر عليه شرطه ومقصوده، فيكون له الخيار، فإن نقض البيع، أخذ ديناره، ورد جميع الألف، ولا يسلم له شيء من الوصية؛ لأن الوصية كانت في ضمن البيع، فإذا انفسخ البيع بطل ما ثبت في ضمنه، وإن أجاز البيع، يأخذ من الألف قيمة الدينار؛ لأنه لا محاباة بهذا القدر، ويأخذ ثلث مال الميت، وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث؛ لأن الدينار إذا كان قائمًا في يد ورثة الميت، كان جميع مال الميت ألف درهم، فيكون له ثلث ذلك؛ وثلث الألف ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، ويسلم له قيمة الدينار أيضًا، وذلك عشرة، فجملة ما يسلم له ثلاثمائة وثلاثة وأربعون وثلث، ويرد الباقي على الورثة.

فأما إذا كان الدينار قائمًا عند المريض قد استهلك الدينار، والجواب فيه كالجواب فيما إذا كان الدينار قائمًا عند المريض، إلا في فصل، فإن في هذه الصورة، إذا لم يجز الورثة ذلك، وخير المشتري، فلم يجز، وفسخ البيع، فإن المشتري يأخذ من الألف قدر قيمة الدينار وعشرة بحكم المعاوضة، ثم يأخذ بحكم الوصية ثلث الباقي من الألف، وذلك ثلاثمائة وثلاثون لا ثلث جميع الألف، بخلاف الفصل الأول، فإن هناك المشتري بعد ما أخذ قيمة الدينار، يأخذ ثلث جميع الألف ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، والوجه في ذلك أن الوصية إنما تنفذ فيما هو ثلث مال الميت عند الموت، وفي المسألة الأولى ثلث مال الميت عند الموت ألف درهم؛ لأن المشتري وإن أخذ من الألف قدر قيمة الدينار عشرة، إلا أن الدينار الذي هو عوض عن العشرة قائم في يد الورثة، فيقوم مقام العشرة، فكان مال المريض ألف درهم عند الموت، فيعطى للموصى له ثلث ذلك، أما في المسألة الثانية مال المريض عند الموت تسعمائة وتسعون؛ لأن المشتري قد أخذ العشرة عوضًا عن الدينار، والدينار ليس بقائم مقام ذلك، فكان مال الميت عند الموت تسعمائة وتسعون، فيكون للمشتري ثلث ذلك، ثم إن محمدًا خير مشتري الدراهم بعد هلاك الدينار في يد المريض.

فرق بين هذا وبين ما إذا هلك الألف في يد مشتري الألف، ولم يجز الورثة ما صنعه المريض، فإن هناك لا يخير مشتري الألف بين الفسخ والإجازة، بل يأخذ قدر قيمة الدراهم وثلث جميع الألف، ويرد الباقي على الورثة، والفرق: أن الدينار الذي قبضه المريض بدل الصرف من كل وجه؛ لأنه لا محاباة للمريض في ذلك، وهلاك بدل الصرف لا يمنع الفسخ، فأما الألف التي قبضها المشتري الألف بعضها إن كان بدل الصرف، وذلك قدر قيمة الدينار؛

لأنه أعطى(1) بإزائه عوضًا، فما زاد على ذلك لم يكن عوضًا للمريض، بل كان وصية، وهلاك الدراهم في يد الموصى له، يمنع فسخ الوصية؛ لأن الدراهم تتعين في الوصايا، وكانت الدراهم في الوصايا كالعروض، وإذا امتنع فسخ الوصية بهلاك الدراهم، امتنع فسخ الصرف؛ لأنا لو فسخنا الصرف ينفسخ الوصية؛ لأنها كانت في ضمن الصرف، فإذا تعذر فسخ الوصية تعذر فسخ الصرف، فشرط قيام الدراهم في يد مشتريها لإمكان فسخ الصرف، ولم يشترط قيام الدينار في يد مشتريه لإمكان فسخ الصرف لهذا.

١٣٢٠٧ - قال: ولو أن للمريض باع سيفًا قيمته مائة درهم، وفيه من الفضة مائة درهم، وذلك كله قيمته عشرين دينارًا بدينار، وتقابضا، ثم مات المريض، وأبى الورثة أن يجيزوا ذلك، فإن المشتري بالخيار، إن شاء نقض البيع، ورد السيف، وأخذ ديناره، ولا شيء له من الوصية، وإن شاء أجاز البيع، وأخذ قدر قيمة الدينار من السيف والحلية وثلثا السيف تامًا بعد ذلك زاد ههنا، فقال: وإن شاء زاد في الثمن حتى يبلغ الثمن إلى تمام قيمة ثلثي السيف، ثم قال في هذه المسألة: أخذ المشتري قدر قيمة الدينار من السيف والحلية جميعًا؛ لأن الحلية مع السيف كشيء واحد لا تتأتى إثبات المعاوضة في أحدهما دون الآخر، وإن كان الدينار قد هلك، فالجواب كذلك إلا في فصل أن الورثة إذا لم يجيزوا ما صنع الميت، وخير المشتري بين أن يختار فسخ العقد، وأخذ دينارًا مثل ديناره وبين أن يمضي العقد، فأمضى العقد، أخذ من السيف وحليته قدر قيمة ديناره، وله ثلث ما بقي من السيف والحلية، لا ثلث جميع السيف، وإن كان المشتري قد استهلك ما قبضه أيضًا، كان للمشتري مثل قيمة ديناره وثلث الباقي من السيف والحلية، وغرم ثلثي الباقي للورثة؛ لأنه تعذر فسخ العقد ههنا؛ لأن المعقود عليه مستهلك، وكان عليه ضمان حصة الورثة من ذلك، وهو قيمة ثلثي الباقي بعد قيمة الدينار، وهذا لأن المقبوض لو كان قائمًا في يد المشتري، كان لورثة المريض استرداد ذلك، فإذا كان هالكًا كان الاسترداد بدله ليكون استرداد البدل بمنزلة استرداد المبدل.

١٣٢٠٨ - مريض له تسعمائة درهم، لا مال له غيرها، باعها بدينار قيمته تسعة دراهم، وقبض مشتري الدراهم الدينار، وقبض الآخر مائة درهم، وافترقا، ثم مات المريض، والدينار قائم في يده، والدراهم كذلك، فإجازة الورثة ههنا وعدم إجازتهم سواء، ويسلم المشتري الدراهم مائة درهم بتسع الدينار، ويرد الورثة عليه ثمانية أتساع [الدينار، وهذا لأن

(1) في ف: لأنه أعطاه.

الدنانير[1] تسع مائة، فيكون بمقابلة كل مائة تسع دينار، فإذا قبض مشتري الدراهم من الدراهم مائة، ولم يقبض الباقي حتى تفرقا، فقد انتقض العقد في ثمان مائة درهم بثمانية أتساع الدينار، وبقي في مائة درهم بتسع الدينار، فسلم للمشتري مائة درهم بتسع الدينار، وإن كان قيمة المائة أكثر من تسع الدينار؛ لأن ما زاد على قيمة تسع الدينار محاباة للمشتري، وإنها تخرج من ثلث مال المريض، فيسلم ذلك للمشتري، أجازت الورثة، أو لم يجيزوا، ووجب على ورثة المريض، رد ثمانية أتساع الدينار على المشتري؛ لأن ذلك في أيديهم بحكم عقد قد فسد، وكذلك لو كان مشتري الدراهم قبض من الدراهم مائتي درهم، فإجازة الورثة وعدم إجازتهم سواء، فيسلم للمشتري مائتا درهم بتسعي الدينار، وإن كان مائتي درهم أكثر من قيمة تسعي الدينار؛ لأنه محاباة يخرج من ثلث مال المريض.

وكذلك إذا كان مشتري الدراهم قبض من الدراهم ثلاث مائة، فإجازة الورثة في هذا وعدمها سواء، يسلم لمشتري الدراهم ثلاثمائة درهم بثلاثة أتساع الدينار؛ لأن المحاباة تخرج من ثلث مال المريض، وإن كان مشتري الدراهم قبض من الدراهم أربعمائة، فههنا يحتاج إلى إجازة الورثة؛ لأن المحاباة تزيد على ثلث المال ههنا، فإن أجازت الورثة ذلك سلم للمشتري أربعمائة درهم، ويسلم للورثة أربعة أتساع الدينار، ولزم الورثة رد خمسة أتساع الدينار على المشتري، وإن لم يجز الورثة ذلك، فالمشتري بالخيار، إن شاء نقض البيع، ورد ما قبض من الدراهم، وأخذ دينارا، وإن شاء أخذ مما قبض من الدراهم قدر قيمة أربعة أتساع الدينار، وثلث جميع المال، وذلك ثلاثمائة، ورد الباقي على الورثة، وإن لم يقبض مشتري الدراهم شيئا من الدراهم، ورد على الورثة دينارهم؛ لأن العقد قد فسد في جميع الدينار، والوصية كانت في ضمن البيع، وإذ بطل بطلت الوصية، وهل يجب على المشتري رد ذلك الدينار بعينه أم لا؟ فالمسألة على روايتين، فإن الدينار مقبوض بحكم عقد فاسد، وفي تعيين الدراهم والدينار في البيع الفاسد روايتان، ولو لم يتفرقا، ولم يمت المريض، فزاده المشتري تسعة وخمسين دينارا، وتقابضا، فهو جائز كله إن كان قيمة كل دينار عشرة، وهذا لأن قيمة كل دينار متى كان عشرة صار المريض بائعا تسعمائة وخمسين دينارا، وتكون المحاباة بقدر ثلاثمائة، وذلك يخرج من ثلث ماله، فيجوز، أجازت الورثة أو لم يجيزوا، وإن كان المريض وكل رجلا فباعها من هذا الرجل بدينار، ثم مات المريض قبل أن يتقابضا، فقال المشتري: أنا آخذ تسعمائة وتسعين دينارا، فهو جائز إذا رضي به الوكيل؛ لأن الزيادة من المشتري، وحدث حال قيام

(1) هكذا في النسختين [illegible]، وكان في الأصل [illegible] الدينار، هذا لأن الدنانير.

العقد، فصحت إذا رضي به الوكيل ببان أنه حصلت حال قيام العقد؛ لأن العقد قد صح من الوكيل؛ لأنه باع قبل موت المريض، وإنما بقي القبض لا غير؛ والقبض حق الوكيل؛ لأنه مالكه بحكم العقد، لأنه عقد لنفسه، والوكيل حي، وهو مع المشتري في مجلس العقد بعد، فبقي العقد على الصحة بعد موت المريض، فإذا زاد المشتري في الثمن، فقد وجدت الزيادة حال قيام العقد، فصحت إذا رضي به الوكيل، وإنما شرطنا رضا الوكيل لصحة الزيادة؛ لأن العاقد هو الوكيل، فيتوقف صحته على رضى الوكيل، وهذا لأن الزيادة إذا صحت التحقت بأصل العقد، وصار كأن العقد من الابتداء ورد على الأصل والزيادة، ثم ابتداء العقد بالزيادة لا يصح إلا برضى الوكيل، فكذلك ههنا، وهذا بخلاف ما لو عقد المريض بنفسه، ثم مات قبل القبض، فأراد المشتري أن يزيد في الثمن حتى يزول المحاباة، لا يقدر عليه؛ لأن العقد بطل بموت المريض قبل القبض؛ لأن العاقد هو المريض، فإذا مات قبل القبض بطل العقد، وإذا بطل العقد لم يصح الزيادة من المشتري في الثمن، أما ههنا العقد لم يبطل بموت المريض؛ لأن حق القبض للوكيل، وإنه حي، فأمكن القول بصحة الزيادة.

قالوا: وتأويل هذه المسألة أن المريض وكل هذا الرجل ببيع الدراهم، وفوض الرأي إليه، بأن قال: إعمل فيه برأيك، أو قال: ما صنعت فيها من شيء فهو جائز حتى يكون بيع الوكيل جائزاً على المريض مع المحاباة، فيكون بمنزلة بيع المريض، فإذا زاد المشتري زيادة، ودفع المحاباة يجوز، فأما إذا لم يفوض إليه الرأي، لا يجوز العقد، وإن زاد المشتري على اختلاف المذهبين، أما على قولهما، فلأن الوكيل بالصرف وكيل بالبيع من وجه، وبالشراء من وجه، وبأي ذلك اعتبرناه لا يتحمل منه المحاباة الفاحشة، ولا يجوز بيعه على المريض، وأما على قول أبي حنيفة: فلأنه وكيل بالبيع من وجه، وبالشراء من وجه، فمن حيث إنه وكيل بالبيع إن جاز تصرفه مع المحاباة على المريض، فمن حيث إنه وكيل بالشراء لا يجوز تصرفه مع المحاباة على المريض، فوقع الشك في جواز تصرفه على المريض، فلا يجوز بالشك.

وإذا باع المريض ألف درهم بمائة درهم، وتقابضا، ثم مات من مرضه ذلك، فهذا لا يجوز؛ لأنه ربا، ألا يرى أنه لو كان ذلك من الصحيح لا يجوز لمكان الربا، فكذا في المريض، قال: وللذي أعطى المائة أن يمسك مائة من الألف عادة، ويرد الباقي، قالوا: وهذا على الرواية التي يقول فيها: إن المقبوض من الدراهم بحكم عقد فاسد لا يتعين للرد؛ لأن على هذه الرواية حق صاحب المائة يكون في مائة لا بعينها، وقد ظفر بجنس ذلك من مال المريض، فيأخذه، فأما على الرواية التي يقول فيها: إن المقبوض من الدراهم بحكم عقد فاسد يتعين

فالرد على الذي أعطى المائة أن يرد جميع الألف المقبوضة على ورثة المريض، ويرجع عليهم بمائة إن كانت مائة قائمة بعينها، ولا شيء تصح فيه المائة من الوصية ههنا؛ لأن وصيته في ضمن البيع، وقد ارتفع البيع باطلا أيضًا. قال: وإن كان صاحب المائة أعطى مع المائة ثوبًا، أو دينارًا، كان ذلك بيعًا صحيحًا على أن تكون المائة بالمائة، والألف بإزاء الثوب أو الدينار، فإن مات المريض بغير ورثة؛ لأنه صار بائعًا تسعمائة درهم بدينار، فصار محابيًا بأكثر من ثلث ماله، وكان للورثة الخيار، فإن أجازوا ما صنع المريض، سلم للورثة مائة ودينار، ويسلم لصاحب المائة الألف كلها، فإن لم يجيزوا، فصاحب المائة بالخيار لتغير شرطه، ومقصوده، فإن شاء نقض البيع، ورد الألف، وأخذ مائته، وديناره على إحدى الروايتين. وعلى الرواية الأخرى إن شاء نقض البيع، وأمسك من الألف مائة بمائته، ورجع على ورثة المريض بديناره إن كان قائمًا، وإن شاء أجاز البيع، وأخذ من الألف مائة، وقيمة ديناره؛ لأنه لا محاباة في ذلك القدر، ثم يأخذ ثلث جميع مال المريض إن كان ديناره ومائته قائمة، وثلث ما بقي إن كان هالكًا، وإن كان للمريض إبريق فضة فيه مائة درهم، وقيمتها [عشرون دينارًا، فباعه بمائة درهم، وقيمتها][1] عشرة دنانير، فتقابضا، ثم مات المريض من مرضه، وأبى الورثة أن يجيزوا ذلك، فالمشتري بالخيار، فإن شاء فسخ العقد، ورد الإبريق، وأخذ ديناره، وإن شاء أمضى العقد، وأخذ ثلثي الإبريق بثلثي المائة، ورد ثلث الإبريق على الورثة، والوجه في ذلك أن يقول: لا وجه إلى أن تصحيح هذا العقد بأن يزيد مائة أخرى حتى يصير قيمة الإبريق مائتي درهم، فتبقى المحاباة؛ لأنه يصير مشتريًا مائة درهم بمائتي درهم، وأنه ربا، إذ لا قيمة للصنعة والجودة فيما بين الأموال في أموال الربا، ولا وجه إلى أن يصححه بأن يزيد في الثمن من خلاف جنس الثمن إلى تمام ثلثي الإبريق؛ لأن في إثبات الزيادة على هذا الوجه إبطالها؛ لأن الزيادة تصير ثمن الإبريق، فيصير صرفًا، ولم يقبض في المجلس، ولا وجه إلى أن يجوز العقد في جميع الإبريق بمائة؛ لأن فيه إبطال حق الورثة في الصنعة والجودة، ولا وجه إلى أن يفسخ العقد في الكل إذا لم يرض به المشتري لما فيه من إبطال الوصية له بقدر الثلث، وإذا انتفى هذه الوجوه عيَّنَّا تجويز العقد في ثلثي الإبريق بثلثي المائة، إذ به يقع الخلاص عن الربا، ولا يبطل حق الورثة في الصنعة، ولا تبطل وصية المشتري، ويحصل تنفيذ وصيته بقدر ثلث مال المريض، ويسلم للورثة ثلثا مال المريض.

بيانه: وهو أن حق الورثة في ثلثي مال المريض، وجميع مال المريض إبريق قيمته عشرون

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وف.

الفصل الخامس عشر
في الاستبدال ببدل الصرف

١٣٢٠٩ - قال محمد رحمه الله : وإذا اشترى الرجل عشرة دراهم ، فنقد مشتري الدينار تسعة دراهم ، وبقي درهم ، ونقد مشتري الدراهم الدينار ، فلم يتفرقا حتى قال مشتري الدراهم لمشتري الدينار : بعني بالدرهم الذي عليك كذا ، فباعه ، فإن البيع لا يجوز ، ولا يبرئ مشتري الدينار عن بدل الصرف ، وقال زفر : يجوز البيع ، ولكن مشتري الدينار لا يبرأ عن بدل الصرف ، واعلم بأن الاستبدال ببدل الصرف قبل القبض لا يجوز ، أجمع عليه أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر رحمهم الله تعالى ، غير أن زفر قال : يجوز البيع في هذه الصورة ؛ لأنه يجوز البيع بمثل بدل الصرف ، وتلغى الإضافة إلى بدل الصرف في حق تعلق العقد به [ونعتبرها في حق بيان قدر الواجب وصفته ، فلا يكون هذا استبدالا ببدل الصرف قبل القبض ، ونحن نعتبر الإضافة إلى بدل الصرف في حق تعلق العقد به][1] من وجه .

فيكون هذا استبدالا ببدل الصرف من وجه ، وأنه لا يجوز كالاستبدال من كل وجه ، وإنما لم يجز الاستبدال ببدل الصرف قبل القبض عندنا لوجهين : أحدهما : أن الاستبدال ببدل الصرف قبل القبض يفوت قبض بدل الصرف من حيث الحقيقة ، فإنه لا يوجد قبض الدراهم الذي هو بدل الدينار من مشتري الدراهم بعد ما استبدل به ، وإنما يوجد قبض بدل الثوب أو الدينار الذي اشتري ، وفوات قبض بدل الصرف يوجب بطلان الصرف ، فيكون الاستبدال ببدل الصرف سببًا لفساد الصرف ، وما يكون سببًا لفساد الصرف يكون فاسدًا .

الوجه الثاني : أن كل واحد من بدل الصرف ثمن من وجه ، ومثمن من وجه ، أما كونه ثمنًا فظاهر ، وأما كونه مثمنًا فلأن عقد الصرف بيع ؛ لأنه مبادلة مال بمال ، والبيع ليس إلا مبادلة مال بمال ، ولهذا قالوا : إذا حلف أن لا يبيع ، فصارف ، يحنث في يمينه ، فثبت أن عقد الصرف بيع ، قلنا : والبيع ما يشتمل على مبيع أو ثمن ، وليس أحد البدلين إذا كان دراهم أو دنانير ، بأن يجعل مبيعًا والآخر ثمنًا بأولى من الآخر ، فجعل كل واحد منهما مبيعًا من وجه ضرورة انعقاد البيع ، وإن كان كل واحد منهما ثمنًا حقيقة ، ألا ترى أن في بيع العرض بالعرض اعتبر كل واحد منهما مبيعًا من وجه ، وثمنًا من وجه ضرورة انعقاد البيع ، وإن كان كل واحد

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل ، وإنما أثبتت هذه الزيادة من "ظ" و "م" .

منهما مبيعًا حقيقة، كذا ههنا، وإذا صار كل واحد منهما ثمنًا من وجه، مثمنًا من وجه، فنقول: إن جاز الاستبدال به قبل القبض من حيث إنه ثمن لا يجوز الاستبدال به قبل القبض من حيث إنه مثمن، فلا يجوز الاستبدال بالشك، هذا كما في التأجيل في بدل الصرف أنه لا يجوز؛ لأنه إن كان يجوز من حيث إنه ثمن، [لا يجوز من حيث إنه مثمن][1]، فلا يجوز بالشك.

فإن قيل: لو كان بدل الصرف ثمنًا من وجه، مثمنًا من وجه لكان يشترط قيام الملك فيه حالة العقد حتى لا يصير بائعًا ما ليس عنده، وبالإجماع لم يشترط قيام الملك في الدراهم والدنانير وقت العقد، فقد ذكرنا في صدر هذا الكتاب: لو باع رجل من آخر دينارًا بدراهم، وليس في ملك هذا دينار، ولا في ملك ذلك دراهم، ثم استقرض هذا دينارًا، ودفعه إلى مشتريه، واستقرض ذلك دراهم، ودفعها إلى مشتريها، فإنه يجوز؟

قلنا: الدراهم والدنانير وقت العقد وقبل العقد ثمن من كل وجه، وإنما يعتبر مثمنًا من وجه بعد العقد؛ لأن اعتباره مثمنًا بسبب العقد ضرورة أن العقد لا بد له من مثمن، كما لا بد له من ثمن، فيعتبر كونه مثمنًا بعد العقد لا قبله، فلا يشترط قيام الملك فيه قبل العقد، هذا كما في بيع العرض بالعرض، فإن كونه ثمنًا لا يثبت قبل العقد بوجه من الوجوه؛ لأنه مثمن في الأصل، فإنما يصير ثمنًا بسبب العقد ضرورة أن العقد لا بد له من ثمن، فيعتبر كونه مثمنًا قبل العقد، حتى يشترط قيام الملك في كل واحد منهما حالة العقد، ويتعلق العقد بهما، ويعتبر كونه ثمنًا بعد العقد حتى لا ينفسخ العقد بهلاك أحدهما بعد البيع، كما لو كان ثمنًا من كل وجه، كذا ههنا، وإذا اعتبرت الثمنية قبل العقد في البدلين من كل وجه، لا يشترط قيام الملك فيهما قبل العقد، ولا يتعلق العقد بالمشار إليه.

فإن قيل: أليس أنه لو اشترى قلب فضة بدراهم، واستبدل بالدراهم قبل القبض، لا يجوز عندكم مع أن الدراهم بمقابلة القلب ثمن من كل وجه، إذ لا ضرورة إلى جعله مثمنًا من وجه؛ لأن القلب بمقابلة مثمن من كل وجه؟

قلنا: جواز الاستبدال ببدل القلب إن كان لا يمتنع للوجه الثاني؛ لأن الدراهم بمقابلة القلب ثمن من كل وجه يمتنع للوجه الأول؛ لأن الاستبدال ببدل القلب لو صح يفوت قبض بدل القلب، وفوات قبض بدل القلب يوجب فساد الصرف، وإن كان دراهم أو دنانير، وما يكون سببًا لفساد العقد، يكون فاسدًا في نفسه

---

(١) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، أثبتناه من ظ وم وف.

بقي الكلام مع زفر في جواز هذا البيع، فوجه قوله أن هذا شراء أضيف إلى دراهم دين؛ فيتعلق العقد بمثله لا بعينه، كما في سائر الديون، سوى بدل الصرف، فإن في سائر الديون لا يتعلق العقد بالدين المضاف إليه، حتى لو تصادقا بعد ذلك أنه لا دين لا يبطل البيع، وإذا لم يتعلق العقد بعين بدل الصرف لا يكون هذا استبدالا ببدل الصرف قبل القبض، فيجوز، ثم فرق زفر بين ما إذا أضيف العقد إلى الدراهم الدين وبين ما إذا أضيف العقد إلى الدراهم العين، فقال: إذا أضيف إلى الدراهم العين يتعلق العقد بها، وإذا أضيف إلى الدراهم الدين؛ لا يتعلق العقد بها، والفرق له أن في الدين التعيين أضيف إلى غير محله، فإن الدين لا يقبل التعيين، والتصرف المضاف إلى غير محله يلغو، فأما في العين التعيين أضيف إلى غير محله، فيصح التعيين، كما في سائر التصرفات المضافة إلى غير محلها، وعلماؤنا قالوا: بأن التعيين أضيف إلى ما هو مثمن من وجه، لما ذكرنا أن الدراهم والدنانير إذا قوبل بعضها ببعض، وكل واحد من البدلين مثمن من وجه، فصار مشتري الدراهم مشترياً بما هو مثمن من وجه، والشراء المضاف إلى المثمن يتعلق بعينه، وإذا تعلق بعينه حصل المشتري مستبدلا ببدل الصرف قبل القبض، وأنه لا يجوز، بخلاف الشراء المضاف إلى سائر الديون سوى بدل الصرف؛ لأن هناك الشراء حصل بما هو ثمن من كل وجه، والشراء المضاف إلى الثمن من كل وجه لا يتعلق بعينه، أما ههنا بخلافه.

١٣٢١٠ - وإذا اشترى الرجل عشرة دراهم بدينار، وتقابضا إلا درهم واحد بقي من العشرة، وليس عند بائع الدراهم الدرهم العاشر، فأراد الذي اشترى الدراهم أن يأخذ عشر الدينار، فله ذلك، وهذا الجواب على الإطلاق الذي قاله محمد يستقيم بعد ما تفرقا عن مجلس العقد قبل نقد الدرهم العاشر؛ لأنه بعد تفرقهما انتقض الصرف بقدر عشر الدينار، وصار عشر الدينار ديناً لبائع الدينار على مشتري الدينار، فلبائع الدينار أن يطالب المشتري بذلك، رضي المشتري أم سخط، فأما قبل التفرق إن أراد أن يأخذ عشر دينار من مشتري الدينار، فليس له ذلك إلا أن يرضى مشتري الدينار بذلك؛ لأن الصرف صحيح قبل التفرق في جميع الدينار، وإن لم يكن عند مشتري الدينار الدرهم العاشر، فيكون حق بائع الدينار في الدرهم العاشر، وحق مشتري الدينار في جميع الدينار، فإذا قال له: أعطني عشر فكأنه قال: أقلني العقد بقدر عشر دينار، فإن رضي مشتري الدينار بذلك جاز، وإن لم يرض لا يجوز، فأما إذا قال له: بعني بعشر دينار فلوساً مسماة، أو عرضاً مسماة، فباعه بذلك، كان جائزاً بعده، باعه قبل التفرق أو بعده، أما بعد التفرق؛ فلا إشكال، لأن الصرف انتقض بقدر عشر دينار لفوات قبض بدله، فصار حق بائع الدينار بعد التفرق في عشر الدينار في ذمة مشتري

الفصل السادس عشر
فيما يكون قصاصًا ببدل الصرف، وما لا يكون

١٢٤١٢ - رجل له على رجل عشرة دراهم، فباعه الذي عليه العشرة دينارًا بتلك العشرة، ودفع الدينار إليه، فهو جائز، وهذا صرف بدين سبق وجوبه، والصرف بدين سبق وجوبه جائز، لحديث عبد الله بن عمر، فإنه روي أنه رضي الله عنه سأل رسول الله ﷺ، وقال: «إني أكري الإبل بالبقيع إلى مكة بالدراهم، وآخذ مكانها دنانير، أو بالدنانير، وآخذ مكانها دراهم، وربما قال: أبيع، فقال عليه الصلاة والسلام: «لا بأس إذا افترقتما وليس بينكما عمل»[١].

١٢٤١٣ - ومن هذا الجنس ثلاث مسائل: إحداها: هذه المسألة، الثانية: رجل له على رجل عشرة دراهم، فباعه الذي عليه العشرة دينارًا بعشرة دراهم، ودفع الدينار حتى وجب لكل واحد منهما على صاحبه عشرة، ثم جعلا العشرة التي هي ثمن الدينار قصاصًا بالعشرة التي كانت على بائع الدينار، يكون قصاصًا، وهذا استحسان أخذ به علماؤنا الثلاثة، والقياس أن لا يصير قصاصًا، وهو قول زفر، ولقب المسألة أن المتصارفين إذا جعلا بدل الصرف قصاصًا بدين، وجب قبل عقد الصرف استبدال ببدل الصرف، وليس باستيفاء؛ لأن علامة الاستيفاء قبض مال مضمون من جنس بدل الصرف بعد عقد الصرف لا على وجه الاقتضاء بدين آخر، ولم يوجد قبض مثل هذا المال بعد عقد الصرف وإنما قضاء بائع الدينار ببدل الصرف دينًا وجب عليه قبل عقد الصرف؛ لأن صاحب آخر الدينين يكون قاضيًا لأولهما، وصاحب أول الدينين يكون مقتضيًا؛ لأن القضاء يتلو الوجوب، ولا يسبقه، ودين الصرف وجب آخرًا، فمتى جازت المقاصة جاز بائع الدينار قاضيًا ببدل الصرف دينًا كان عليه قبل عقد الصرف، وفي القضاء استبدال؛ لأنه يملك مكان بدل الصرف ما في الذمة، والاستبدال ببدل الصرف لا يجوز، وعن هذا قالوا: إذا أسلم عشرة دراهم في كر حنطة، ثم أراد أن يتقاصا، وليس مال

---

(١) أخرجه الترمذي في "سننه" (١٢٤٢) في البيوع: باب ما جاء في الصرف، وأخرجه ابن عبد البر في "التمهيد" (٦/ ٢٩٢ و١٦/ ١٣)، وابن حبان في "صحيحه" (٤٩٢٠)، والحاكم في "المستدرك" (٢٢٨٥)، وابن الجارود في "المنتقى" (٦٥٥)، والدارمي في "سننه" (٢/ ٣٣٦) برقمه ٢٥٨٠ في البيوع: باب الرخصة في اقتضاء الورق من الذهب، والبيهقي في "الكبرى" (١٠٤٦٧).

السلم بدين كان واجبًا لرب السلم قبل عقد السلم لا يجوز؛ لأنه استبدال برأس مال السلم، وكذا لو كان للمسلم إليه على رب السلم كر قبل عقد السلم هو مثل السلم، ثم حل السلم، وأراد أن يجعل المسلم فيه قصاصًا بما كان واجبًا للمسلم إليه على رب السلم قبل عقد السلم لا يجوز، وإنما لا يجوز لأنه استبدال بالمسلم فيه قبل القبض كذا ههنا.

ووجه الاستحسان من وجهين: أحدهما: لما أقدما على هذه المقاصة، فقد قصدا تصحيحها، وأمكن تصحيحها بتعليق العقد بتلك العشرة التي وجبت دينًا قبل عقد الصرف، فإن عقد الصرف بتلك العشرة جائز على ما بينا.

وكذلك طريقان. أحدهما: أن ينفسخ الصرف المرسل، وينعقد صرف آخر بتلك العشرة، كما لو باع بألف درهم، ثم باع بألفين، ويبقى أصل العقد المرسل، ولكن يتغير وصفه فإنه إلى الآن كان متعلقًا بوصف الإطلاق، والآن يتعلق بتلك العشرة، وهما يملكان إبطال العقد، وتغييره، كما يملكان إبقاءه، فيتضمن إقدامهما على هذه الحالة، والحالة هذه فسخ الصرف المرسل، وتجدد صرف آخر بتلك العشرة، أو تغيير الصرف المرسل، وتعلق العقد بتلك العشرة، كما في الزيادة في الثمن، و [الثمن](1)، ولهذا لا تصح هذه المقاصة إلا بتراضيهما، وإن كان جنس الدين واحدًا؛ لأن طريق تصحيح هذه المقاصة فسخ ما عقدا من الصرف المرسل أو تغييره، وفسخ العقد أو تغييره لا يصح إلا بعد وجود التراضي منهما، بخلاف السلم؛ لأن تصحيح ما قصدا من السلم غير ممكن بالطريق الذي عيناه في الصرف، وهو فسخ السلم المرسل، وإثبات سلم آخر، أو تغييره، وتعليقه بتلك العشرة؛ فإنهما لو صرحا بذلك، وقالا: فسخنا السلم، وجددنا بذلك الدين، لا يجوز؛ لأن السلم بدين سبق وجوبه لا يجوز، ألا ترى أن من قال لغيره: أسلمت إليك العشرة التي لي عليك في كر حنطة لا يجوز، وفي الصرف لو صرحا بذلك يجوز؛ لأن الصرف بدين سبق وجوبه يجوز، وهي المسألة الأولى.

الوجه الثاني: وفي هذا الوجه لا يحتاج إلى التعرض لفسخ العقد المرسل، ولا تغييره، ولكن نقول: القياس يأبى جواز هذه المقاصة، وإن تقاصا؛ لأنه استبدال، وليس باستيفاء على ما مر، لكن تركنا القياس فيه بحديث عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما، فإن فيه: "أن رسول الله ﷺ جوز الصرف بدين وجب قبل عقد الصرف"(2) [ومتى جاز الصرف بدين وجب

(1) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من: ف

(2) تقدم تخريجه.

عليه قبل عقد الصرف(١) يصير قصاصاً ببدل الصرف ديناً وجب عليه قبل عقد الصرف، فعلمنا أن قصاصه دين وجب قبل عقد الصرف ببدل الصرف جائز، وإذا جاز هذا في الصرف المضاف إلى الدين، فكذا في الصرف المرسل، إلا أنه لم يجز هذه المقاصة قبل تراضيهما عليها، وإن لم يثبت فسخ ما عقدا من الصرف على هذا الوجه؛ لأن جواز هذه المقاصة بحديث عبد الله بن عمر بخلاف القياس، والحديث يقتضي الجواز حال وجود الرضا منهما؛ لأن الحديث ورد في الصرف المضاف إلى الدين، والصرف المضاف إلى الدين لا يصح إلا بتراضيهما، فحال عدم التراضي يعمل فيه بقضية القياس، والقياس يأبى جواز هذه المقاصة، بخلاف السلم على هذا الوجه؛ لأن جواز هذه المقاصة في السلم لو كان كان بدلالة حديث عبد الله بن عمر، لا بصريحه، وفي السلم صريح نص بخلافه، وهو قوله عليه السلام: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك» وكان العمل في السلم بصريح النص أولى.

المسألة الثالثة: رجل باع من آخر ديناراً بعشرة دراهم، ودفع الدينار، ولم يقبض العشرة حتى وجب لمشتري الدينار عشرة دراهم على بائع الدينار، فأراد مشتري الدينار أن يجعل ما وجب له قصاصاً بما وجب عليه من بدل الصرف، ورضي به بائع الدينار، ولقب المسألة أن المتصارفين إذا تقاصا بدل الصرف بدين وجب بعد عقد الصرف، والجواب فيها أنه ينظر إن وجب هذا الدين بعد عقد الصرف بالغصب، أو القرض، بأن غصب أو استقرض بائع الدينار من مشتري الدينار عشرة دراهم، صار قصاصاً تقاصا أو لم يتقاصا؛ لأنه وجد بعد عقد الصرف قبض مستوفى، وهو من جنس المستحق بعقد الصرف، وبه قبض مضمون، فيعتبر واقعاً جهة الصرف، ألا ترى أن مثل هذا في السلم يجوز، حتى إن رب السلم إذا غصب من المسلم إليه بعد عقد السلم وبعدما حل الأجل كُرّاً هو مثل المسلم فيه، أو استقرض كراً هو مثل المسلم فيه، يصير قصاصاً تقاصا أو لم يتقاصا، وكذلك المسلم إليه إذا غصب من رب السلم، أو استقرض منه دراهم هي مثل رأس المال، يصير قصاصاً برأس المال، تقاصا أو لم يتقاصا، وأما إذا وجب هذا الدين بعد عقد الصرف بسبب الشراء، بأن باع مشتري الدينار من بائع الدينار ثوباً بعشرة دراهم إن لم يجعلاه قصاصاً، لا يصير قصاصاً باتفاق الروايات، وإن جعلاه قصاصاً ذكر في الزيادات وكتاب الصرف في رواية أبي سليمان: أنه يصير قصاصاً، وذكر في رواية أبي حفص: أنه لا يصير قصاصاً، وجه ما ذكر في الزيادات وفي رواية أبي سليمان: أنهما لما قصدا على هذه المقاصة، فقد فسخا عقد الصرف على هذا الدين، ومن

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، أثبتناه من ظ وم وب

ضرورية انفساخ الصرف الأول، وهذا لأنه لا صحة لهذه المقاصة إلا بعد انفساخ الصرف الأول، وإنشاء صرف آخر على هذا الدين الواجب بعد عقد الصرف، ولو صرحا بذلك أليس أنه يجوز، كذا هاهنا. وجه ما ذكر في رواية أبي حفص: أن جواز هذه المقاصة بدين وجب قبل عقد الصرف عرف بخلاف القياس بحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، والحديث الوارد في دين وجب قبل عقد الصرف لا يكون واردا في دين وجب بعد عقد الصرف؛ لأن هذه صرف بعوض آخر بخلافه فيرجع فيه إلى القياس بدل الصرف، وفيه آثار الصحابة رضوان الله عليهم، وكان الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل يميل إلى رواية الزيادات.

وفي رواية أبي سليمان حكى ذلك عن القاضي الإمام الجليل أبو علي النسفي، وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي يميل إلى رواية أبي حفص.

ومما يتصل بمسائل المقاصة:

١٣٦٦٤ - وإن لم يكن من جنس مسائل هذا الفصل ما ذكر في المنتقى، وصورتها: رجل له عند رجل وديعة، وللمودع على صاحب الوديعة دين هو من جنس الوديعة لم تصير الوديعة قصاصاً بالدين قبل أن يجتمعا عليه، وبعد ما اجتمعا عليه لا يصير قصاصاً أيضاً ما لم يرجع إلى أهله فيأخذها، وإن كانت في يده فاجتمعا على جعلها قصاصاً لا يحتاج إلى شيء غير ذلك، ومتى صار ديناً صار قصاصاً، وحكم المغصوب إذا كان المغصوب قائماً في يد رب الدين، وحكم الوديعة سواء، وحكم الدينين إذا كانا مؤجلين أنه لا تقع المقاصة بينهما ما لم يتقاصا، وكذا إذا كان أحدهما مؤجلاً والآخر حالاً، أو كان أحدهما غلة والآخر وضحاً -

والله أعلم

الفصل السابع عشر
في بيع الموزون بجنسه، وبخلاف جنسه وبيع المكيل كذلك وما يتصل بهما

١٣٢١٥ - ولا يجوز بيع الإناء المتخذ من الفضة بالدراهم إلا وزناً بوزن، وكذلك لا يجوز بيع الإناء المتخذ من الذهب بالدنانير إلا وزناً بوزن؛ لأن الصياغة فيه بمعنى الجودة، ولو كان أحد البدلين جيداً والآخر رديئاً، لم يجز ما لم يتساويا وزناً، قال عليه الصلاة والسلام: «جيدها ورديها سواء» فلم يخرج الفضة والذهب عن الوزن بالصنعة حتى أثبت الربا بين المصوغ وغير المصوغ.

وفرق بين الفضة والذهب وبين الحديد والرصاص والصفر، حيث خرج هذه الأشياء بالصنعة عن حد الوزن حتى جوز بيع إناء متخذ من حديد بحديد غير مصوغ كيف ما كان، وجوز بيع إناء متخذ من رصاص[1] برصاص غير مصوغ كيف ما كان، والفرق: أن وزن الذهب والفضة ثابت بالشرع، فما بقي الذهب والفضة يبقى الوزن معتبراً، وبعد الصنعة بقي ذهب أو فضة، فيبقى الوزن معتبراً، فهذا بيع موزون من جنسه، فلا يجوز إلا متساوياً، فأما الوزن في الحديد والصفر والرصاص ما ثبت بالشرع، وإنما يثبت باصطلاح الناس، وما يثبت باصطلاح الناس يبطل باصطلاح آخر منهم، بخلاف الاصطلاح الأول، وقد اصطلحوا في الأواني المتخذة من هذه الأشياء، وصار عددياً، فهذا عددي بيع بموزون، فيجوز متساوياً ومتفاضلاً حتى قالوا: لو اعتادوا بيع الأواني المتخذة من هذه الأشياء بالوزن لا بالعدد لا يجوز بيعه بغير المصوغ من جنسه إلا متساوياً.

ومن هذا قلنا: إن الناس إذا تعاملوا بين الأواني المتخذة من هذه الأشياء بالعدد يجوز بيع الواحد منها بالاثنين، ولكن يداً بيد، وفي الأواني المتخذة من الذهب والفضة لا يجوز بيع الواحد بالاثنين، والطريق ما قلنا، والحديد كله نوع واحد جيده ورديه سواء، لا يجوز البيع إلا وزناً بوزن؛ لأن الحكم في الفرع ثبت على الوجه الذي ثبت في الأصل، وهو الذهب والفضة وفي الذهب والفضة يجعل أنواع النقرة والذهب نوعاً واحداً، فكذا الحديد، فإن افترقا قبل التقابض لا يفسد البيع؛ لأن هذا بيع وليس بصرف، ولكن يشترط أن يكون عيناً بعين لينتفي النسأ، وكذلك هذا الحكم في سائر الموزونات، ولا بأس بالنحاس الأحمر بالشبه، الشبه

(١) وفي "م": من صفر بصفر غير مصوغ.

واحدة، والنحاس اثنان يدًا بيد؛ لأن الشبه وإن كان من جنس النحاس، إلا أنه جعل فيه
الأدوية والأخلاط حتى صار شبهًا، فيكون الشبه مثل وزنه من النحاس، والباقي من النحاس
بإزاء الأدوية والأخلاط.

فإن قيل: الأخلاط التي في الشبه صارت مستهلكة حتى لو باع الشبه بالأخلاط التي
تجعل في الشبه يجوز كيف ما كان، فينبغي أن لا تكون لها عبرة، كالذهب إذا موّه به اللجام، لا
يبقى للذهب عبرة، قلنا: نعم الأخلاط التي في الشبه صارت مستهلكة إلا أن ما اتصل به من
الصبغ وصار مالاً متقومًا يمكن أن يجعل زيادة النحاس بإزائه، كما في مسألة نص عليه إذا باع
حديدًا مموهًا بذهب أو فضة بحديد غير مموه يجوز، وإن كان غير المموه أكثر، ويجعل زيادة
الحديد بإزاء التمويه، والحاصل أن ما صار مستهلكًا من هذا الجنس لا يعتبر جريان الربا فيه، بل يجعل
معتبرًا في حق جعل الزيادة بمقابلته.

وكذلك لا بأس بالشبه بالصفر الأبيض الشبه واحد، والصفر اثنان يدًا بيد، ولا خير في
هذا كله نسيئة؛ لأن الجنس والوزن يجمعهما. وإذا انعدم أحدهما يحرم النساء، فعند جمعهما
أولى، قال: والرصاص والقلعي الجيد والأسرب رصاص كله موزون، ولكن القلعي أجود من
البعض، فلا يجوز بيع البعض بالبعض إلا مثلاً بمثل.

٦٣٤٢٦- وإذا باع الرجل من آخر سيفًا محلى بفضة بسيف محلى بفضة، وقبض
أحدهما السيف الذي اشتراه [ولم يقبض الآخر السيف الذي اشتراه](١) حتى افترقا، فسد
العقد في الكل، والأصل في جنس هذه المسائل أن في الأموال الربوية يصرف الجنس في
المبادلات إذا لم يكن في صرف الجنس إلى الجنس فساد المبادلة، وإذا كان فيه فساد المبادلة
يصرف الجنس إلى خلاف الجنس، وإنما وجب صرف الجنس إلى الجنس عند عدم الفساد
بالنص، وهو قوله عليه السلام: «الذهب بالذهب مثل بمثل والفضة بالفضة مثل بمثل»(٢)، وقد
جعل الجنس مستحقًا بالجنس حال جواز العقد، فإنه جعل الجنس بالجنس حالة المماثلة، وحالة
المماثلة في الأموال الربوية حالة جواز العقد، ونوع من المعنى يدل عليه، أنا لو صرفنا الجنس
إلى خلاف الجنس، احتجنا إلى التقويم بآرائنا واجتهاداتنا، وإذا صرفنا الجنس إلى الجنس
استغنينا عن الاجتهاد؛ لا مزية لأحدهما على الآخر في المالية - لأن المالية تنشأ عن الذات، فإذا
استويا في الذات، استويا في القيمة من حيث القطع، وإنما وجب صرف الجنس إلى خلاف

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ وم وب.

(٢) قد سبق تخريجه.

الظاهرين، ويتحقق فيه بظاهر قوله عليه السلام: «الذهب بالذهب مثل بمثل» بخلاف ما ذكر من المسألة؛ لأن هناك الاحتيال لبقاء العقد على الصحة ممكن؛ لأنه لا تعارض فيما ذكرنا من الظاهر؛ لأن في حمل المنقود مقابلة العشرة إبقاء العقد على الصحة، وليس في جعله بإزاء الثوب تفويت غرض المتعاقدين، فعملنا بالظاهر الذي قلنا: في صرف المنقود إلى العشرة إبقاء للعقد على الصحة، أما هنا بخلافه على ما ذكرنا.

١٣٢١٧ - قال: وإذا اشترى الرجل من آخر سيفًا محلى بفضة بعينه بثوب وعشرة دراهم، وتفرقا قبل أن يتقابضا، بطل العقد في الكل؛ لأن العشرة التي مع الثوب مصروفة إلى الحلية إن كانت الحلية مثل وزنها، وإن كانت الحلية أكثر من وزنها يصرف العشرة إلى الحلية على وزنها، والباقي من الحلية والنصل والجفن كله بمقابلة الثوب بناء على ما قلنا أن في الأموال الربوية يصرف الجنس إلى الجنس إذا لم يكن فيه فساد العقد، وليس في صرف الجنس إلى الجنس ههنا فساد العقد، فصارت العشرة بمقابلة الحلية، فإذا افترقا قبل القبض بطل العقد في حصة الصرف، فيبطل في الباقي ضرورة لما قلت.

١٣٢١٨ - ولو باع من آخر ثوبًا ونقرة فضة بثوب ونقرة فضة، فالفضة تصرف إلى الفضة والثوب يصرف إلى الثوب، إذ ليس في صرف الفضة إلى الفضة فساد العقد، فجعلنا كذلك، فإن افترقا قبل التقابض حتى فسد العقد في الفضة بالفضة لا يفسد في الثوب بالثوب؛ لأن العقد في الثوب بالثوب ليس بصرف، بخلاف مسألة السيف المحلى، فإن هناك إذا فسد العقد بحصة الصرف يفسد في الباقي؛ لأن هناك لا يمكن تسليم الباقي إلا بضرر، ولهذا المعنى لم يجز بيع النصل والجفن بدون الحلية ابتداء، أما تسليم الثوب ممكن من غير ضرورة، والعقد فيه ليس بصرف، ففساد العقد في الحلية لم يوجب فساد العقد في الصرف، أما في مسألة السيف فبخلافه على ما ذكرنا.

١٣٢١٩ - ولو أن رجلا باع من آخر ثوبًا ودينارًا بثوب ودرهم، وتفرقا قبل التقابض، بطل العقد فيما يقابل الدينار من الدرهم والدرهم من الدينار، وجاز العقد في الباقي، ولا يصرف في الجنس إلى الجنس [الثوب إلى الثوب، وإن لم يكن في صرف الجنس إلى الجنس فساد العقد؛ لأن صرف الجنس إلى الجنس][1] عرف بالحديث في الأموال الربوية الذهب بالذهب، والثوب ليس بمال الربا، والدرهم والدينار وإن كانا مال الربا، إلا أنهما اختلفا جنسًا، وإذا لم يجب صرف البعض على التعيين إلى البعض ههنا عملنا بقضية المقابلة،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ف وم وب.

والمقابلة مطلقة، وقضية المقابلة المطلقة انقسام كل جزء من أجزاء كل واحد من البدلين على كل جزء من أجزاء البدل الآخر، فقسمنا الدينار والثوب على الدرهم، والثوب باعتبار القيمة، فما أصاب الدينار من الدرهم يكون صرفًا، وما أصاب الثوب من الثوب يكون بيعًا، فيبطل حصة الصرف بالافتراق عن المجلس قبل القبض، ولا يبطل حصة الثوب من الثوب، إذ ليس فيه ما يوجب الفساد.

وإذا أردت معرفة طريق قسمة الثوب والدرهم على الثوب والدينار، فطريق ذلك: أن تقوم الثوب والدينار، فإن كانت قيمة كل واحد منهما عشرة دراهم، صار نصف الثوب ونصف الدرهم بإزاء الثوب الذي مع الدينار، وصار نصف الثوب ونصف الدرهم بإزاء الدينار، فصار الثوب الذي مع الدينار مشترى بنصف [الثوب، والدرهم والدينار صار مشتريًا بنصف][1] ثوب قيمته خمسة ونصف درهم، فيجعل كل نصف درهم جزءًا فصار خمسة دراهم عشرة أجزاء، وصار نصف درهم جزءًا، فصار نصف الثوب ونصف الدرهم على أحد عشر جزءًا، فظهر أن الصرف إنما جرى في جزء واحد من أحد عشر جزءًا من الدينار بنصف درهم، فإذا تفرقا قبل القبض، بطل هذا القدر من الدينار بنصف درهم، وجاز ما سوى ذلك، وإن أردت أن تقسم الدينار والثوب على الدرهم والثوب، فاقسم بالطريق الذي قلنا، وتقوم المقسوم عليه، وهو الثوب والدرهم، وأما المقسوم وهو الثوب والدينار، فلا حاجة إلى تقويمهما، فإذا بطل العقد بحصة الصرف في هذه المسألة، لا خيار لواحد منهما؛ لأن عيب التبعيض بفعل كل واحد منهما، وهو ترك القبض والتسليم، فيكون كل واحد منهما راضيًا بعيب التبعيض.

١٣٢٢٠ - ولو باع درهمًا ودينارين بدينار ودرهمين، صح العقد عندنا، ولا يصرف الجنس إلى الجنس [لأن في صرف الجنس إلى الجنس][2] فساد العقد.

١٣٢٢١ - ولو اشترى رجل من رجل مثقالًا من فضة ومثقالًا من نحاس بمثقالين من فضة وثلث مثاقيل من حديد، فهو جائز عندنا، ويجعل المثقال من الفضة بمثله من المثقالين، ويجعل النحاس الذي مع هذا المثقال بمثقال فضة، وثلث مثاقيل[3] حديد، وكذلك مثقال صفر ومثقال حديد بمثقال صفر ومثقال رصاص يجوز، ويجعل مثقال صفر بمثقال صفر، والحديد

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف.

(٣) هكذا في ظ و م، وكان في الأصل وف: وثلث مثقال.

الفصل الثامن عشر
في تصرف المتصارفين في ثمن الصرف قبل القبض

١٣٦٢٣ - إذا أبرأ أحد المتصارفين صاحبه من الدين الذي وجب له عليه بالعقد، أو وهبه، أو تصدق به عليه، فإن قبل الذي عليه انتقض الصرف، وإن لم يقبل بقي العقد على حاله. وهذا لأن المستحق بعقد الصرف القبض الحقيقي، والإبراء إسقاط، وليس بقبض، وسقوط الدين يتضمن فوات القبض، فيوجب انفساخ العقد، والعقد لا ينفسخ بفسخ أحدهما، وإنما ينفسخ إذا اجتمعا على الفسخ، فإذا قبل صاحبه فقد ساعده على الفسخ، فانفسخ، وإن لم يقبل بقي العقد على حاله، ولو اشترى به شيئًا، أو قبض عنه شيئًا من غير جنس الدين، فالبيع فاسد، وثمن الصرف على حاله يقبضه، ويتم العقد، وقال زفر: البيع الثاني جائز؛ لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود في إحدى الروايتين عن زفر، فلم يتعلق العقد بعين ذلك الثمن، وكان ذكر ما ذكر من بدل الصرف لبيان القدر والجنس، فكأنه قال: اشتريت بمثل الدراهم التي في ذمتك، وإنما نقول الدراهم، وإن كانت لا تتعين في العقد، إلا أن تسليم الثمن واجب عليه، وقد عين لذلك بدل الصرف، وقد تعذر إثبات المقاصة بين بدل الصرف وبين بدل الثمن؛ لأنه يفوت القبض المستحق لبدل الصرف، فلغت الإضافة في حق إثبات المقاصة، وبقي أثرها في حق إسقاط وجوب التسليم، وإنه مفسد للعقد، ففسد البيع، وبقي الصرف[1] صحيحًا على حاله، ولو أخذ الدراهم أجود أو أردأ مما يخالفه في الوصف، وذلك المقبوض يجري مجرى الدراهم الواجبة بالعقد في معاملات الناس جاز، وكان استيفاء؛ لأنه من جنس حقه، وإن خالفه في الصفة لا استبدالا، ولو وهب له، فلم يقبل الهبة، وأبى الواهب أن يأخذ ما وهب، أجبر على القبض؛ لأنه يريد فسخ العقد بالامتناع عن القبض، فلا يكون له ذلك.
وسيأتي بعض مسائل هذا الفصل في فصل المتفرقات.

---

(١) وفي ظ: العقد.

الفصل التاسع عشر
في بيع الصرف مرابحة

١٣٢٢٤ - إذا باع الرجل قلب فضة فيه عشرة دراهم بدينار، وتقابضا، ثم باعه بربح درهم، أو بربح نصف دينار، فهو جائز، أما إذا باعه بربح نصف دينار، فلأنه يصير بائعًا قلب فضة وزنه عشرة بدينار ونصف دينار، وإنه جائز؛ لأن الجنس مختلف فلا يظهر الربح، وأما إذا باعه بربح درهم، فما ذكر من الجواب جواب ظاهر الرواية؛ لأنه يصير بائعًا القلب بدينار ودرهم، وذلك جائز؛ لأنه يجعل بإزاء الدرهم من القلب مثله، والباقي من القلب بإزاء الدينار، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه لا يجوز؛ لأن الدرهم يقابله مثل وزنه من القلب على ما عليه الأصل، فلو جوزنا ذلك كان الدينار بمقابلة تسعة أعشار القلب، والدرهم بمقابلة تسعة أعشار القلب، والدرهم بمقابلة عشر القلب، فيكون بعض ما سمياه رأس المال ربحًا في تسعة أعشار القلب، وبعض ما سمياه ربحًا رأس المال في عشر القلب، وذلك تصحيح على غير الوجه الذي صرحا به، ولو كان قام عليه بعشرة دراهم، فباعه بربح درهم، لم يجز؛ لأنه بيع العشرة بأحد عشر، ولو ضم معه ثوبًا قام عليه بعشرة دراهم، فقال: قام علي هذان بعشرين درهمًا، وأبيعهما بربح درهم، فذلك فاسد كله في قول أبي حنيفة، وكذلك إذا باعه بربح ده يازده؛ لأن الربح انصرف إليهما؛ لأنه نص على بيعهما مرابحة، وإذا انصرف الربح إليهما فسد العقد في حصة القلب لأجل الربا، والعقد صفقة واحدة، فيتعدى الفساد إلى الباقي، وعندهما يجوز في حصة الثوب؛ لأن كل واحد منهما منفصل عن الآخر.

١٣٢٢٥ - وكذلك لو اشترى جارية وطوق فضة عليها فيه مائة درهم بألف درهم، وتقابضا، ثم باعهما مرابحة بربح مائة درهم، أو بربح ده يازده، فالعقد فاسد في قول أبي حنيفة، وعندهما: يجوز في الجارية دون الطوق، وقد ذكر الكرخي رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة في مسألة الطوق، واستدل به على رجوعه في نظائره، وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيوع.

١٣٢٢٦ - وإذا اشترى الرجل من آخر سيفًا محلى بفضة بمائة درهم، وحلية السيف خمسون درهمًا، وتقابضا، ثم إن المشتري باع السيف مرابحة بربح عشرين درهمًا، أو بربح ده دوازده، أو بربح ثوب بعينه، أو ما أشبه ذلك لا يجوز؛ لأن الحلية حصة من الربح، فيصير

بمقابلته أكثر من وزنها من الفضة أو أقل، وأنه ربا، فيفسد العقد في حصة الحلية، فيفسد في الباقي ضرورة. والله أعلم.

فإن قيل: كان يجب أن يصرف الربح إلى الجفن والنصل والحمائل دون الحلية، وإن باع السيف مرابحة؛ لأن اسم السيف ينطلق على النصل بدون الحلية، فينصرف كذلك تحريا للجواز، فيكون العقد على الحلية مساومة وعلى ما وراءها مرابحة، ألا ترى أن ما ذكر محمد أن من اشترى من آخر سيفًا محلى بفضة بمائة درهم، وحلية السيف خمسون درهمًا، ثم إن البائع قال للمشتري: حططت عنك من ثمن السيف درهمًا، كان الحط عن ثمن النصل والجفن؛ لأن اسم السيف ينطلق على النصل وحده، فينصرف الحط إليه تحريا للجواز، كذا ههنا.

والجواب عن هذا الإشكال من وجهين: أنا لو جعلنا كذلك صار العقد الواحد عقدين؛ لأن عقد الحلية يصير البيع تولية بمقدار الحلية، والنصل يصير مرابحة، وجعل العقد الواحد عقدين خلاف الأصل، ولأنه خلاف ما صرحا به؛ لأنهما جعلا الربح في ثمن السيف ده يازده، ولو جعلنا جميع الربح بإزاء السيف، كان الربح في ثمن السيف ده دوازده.

الجواب الثاني: أنه إنما يحتال لتصحيح العقد إذا لم يصرح المتعاقدان بالفساد، وههنا صرحا بالفساد لما قالا: بعنا هذا السيف مربح ده دوازده. وهذا لأن بيع المرابحة بيع بالثمن الأول وزيادة، ولهذا قالوا في رجلين اشتريا عبدًا، اشترى أحدهما نصفه بمائة، والآخر اشترى نصفه بخمسين، ثم باعاه مرابحة، يقسم الثمن عليهما على قدر ثمنهما في العقد الأول، لا على قدر ملكهما في العبد، وإذا كان بيع المرابحة بيعًا بالثمن الأول وزيادة يصير الثمن الأول مذكورًا من حيث المعنى، فيعتبر بما لو كان مذكورًا نصًا، بأن قال: بعتك هذا السيف بربح ده دوازده على المائة، ولو صرح بذلك كان ذلك تصريحًا بالفساد؛ لأنه جعل الربح على المائة كلها. فكذا إذا صارت المائة مذكورة معنى، فأما في مسألة الحط لم يصرحا بالفساد؛ لأن الحط صحته لا يبتني على الثمن الأول، حتى تصير المائة التي هي ثمن السيف مذكورة معنى، فيكون تنصيصًا على الفساد من حيث إنه أضاف الحط إلى المائة، بقي هذا حطًا عن ثمن السيف من غير ذكر الثمن الأول، واسم السيف يقع على النصل والجفن والحمائل، كما يقع على النصل، فصرفنا الحط إلى النصل والجفن تحريًا للجواز، أما ههنا بخلافه على ما مر.

قال: واللجام المموه بالفضة أو الذهب لا بأس ببيعه مرابحة؛ لأن الذهب أو الفضة كل واحد منهما يصير مستهلكًا بالتمويه، ألا يرى أنه لا يتخلص، فلا يتمكن الربا باعتباره.

١٣٣٢٧- ولو أن رجلاً اشترى قلب فضة بعشرة دراهم، وفيه عشرة دراهم، واشترى من رجل آخر ثوباً بعشرة دراهم، ثم باعهما جميعاً القلب والثوب مرابحة بربح أحد عشر درهماً، يفسد العقد في حصة الفضة، ويكون الربح مصروفاً إليهما، ولا يصرف إلى الثوب حصة لما ذكرنا في المسألة الأولى، ولا يتعدى الفساد إلى الثوب(١)، هكذا ذكر المسألة في الكتاب، ولم يحك فيها خلافاً، أما على قولهما فظاهر، وأما على قول أبي حنيفة: فلأن الصفقة هنا صفقتان؛ لأن ملك كل واحد منهما قبل البيع متميز عن ملك صاحبه، وثمن ملك كل واحد منهما متميز عن ثمن ملك صاحبه؛ لأن ثمن ملك كل واحد منهما صار مسمى بسبب البيع مرابحة؛ لأنه بيع بمثل الثمن الأول وزيادة، ولو كان المبيع مشتركاً بينهما، وباعاه جميعاً، إلا أن كل واحد منهما سمى لحصته ثمناً على حدة، بأن كان عبداً مشتركاً بين اثنين، وقالا لرجل: بعناك هذا العبد بألف على أن يكون نصيب هذا بكذا، ونصيب هذا بكذا، كانتا صفقتين، فإذا لم يكن الملك في المبيع مشتركاً بينهما، وقد سمى كل واحد منهما لنصيبه ثمناً على حدة أولى، وإذا كان العقد صفقتين، ففساد أحدهما لا يوجب فساد الأخرى، قال: وكذلك لو كان القلب والثوب لرجل واحد، فقد عطف هذه المسألة على المسألة الأولى، وإنما يصح هذا العطف على المسألة الأولى على قولهما؛ لأن الجواب على قولهما: لا يختلف بين هذه المسألة والمسألة الأولى، أما على قول أبي حنيفة: الجواب مختلف بين هذه المسألة وبين المسألة الأولى؛ لأنهما متى كانا لواحد فسد العقد كله على قول أبي حنيفة؛ لأن الصفقة تكون واحدة؛ لأن ملك البيع لواحد، وقد باعه جملة من واحد، فكانت الصفقة واحدة، فإذا فسد في البعض فسد في الباقي عند أبي حنيفة، ودل على أن الجواب في هذه المسألة على قولهما، كما نص على قول أبي حنيفة بعد هذه المسألة في مثل هذه المسألة، بخلاف ما ذكر في هذه المسألة، وصورة ما ذكر بعد هذه المسألة:

١٣٣٢٨- إذا اشترى الرجل من آخر ثوباً وقلب فضة بمائة درهم، ووزن القلب خمسون على أن يكون ثمن القلب نسيئة، وثمن الثوب حالاً، فسد العقد كله عند أبي حنيفة؛ لأنها صفقة واحدة، وقد فسد بعضها لربا النساء، فيفسد الباقي عنده، وفي مسألتنا هذه الفساد لربا الفضل، فأولى أن يفسد الباقي؛ لأن ربا الفضل أقوى من ربا النساء، ولو باعهما بوضيعة ده يازده، أو بوضيعة ده دوازده، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا باعهما مرابحة؛ لأن الوضيعة بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان، والمرابحة بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة، قال: ولو صبغ القلب

(١) هكذا في [illegible] في الأصل [illegible]

والثوب ؛ وقال : أبيعكهما بزيادة درهم على عشرين درهمًا ، كان جائزًا ، وتصرف الزيادة كلها إلى الثوب خاصة ، ولا يصرف شيء منها إلى القلب ، بخلاف ما إذا قال : أبيعكهما بربح ده يازده ، لأن هناك يصرف الربح والقلب إلى الثوب جميعًا ، والفرق في قوله : أبيعكهما بزيادة درهم على عشرين درهمًا ، لم يجب بالعشرين إلى رأس المال ، ولا إلى ما قام عليه به ، وكان هذا بيع مساومة ، وفي بيع المساومة يقابل الفضة بمثل وزنها ، ويجعل الربح كله بمقابلة الثوب تحريًا للجواز ، إذ ليس ثمة ما يمنعنا من أن نجعل بمقابلة الفضة مثل وزنها ، وجميع الربح بمقابلة الثوب ، أما في قوله : أبيعكهما بربح ده يازده نص على بيع المرابحة فيهما ، وفي بيع المرابحة لا بد من اعتبار الثمن الأول ، فكأنه قال : بعتكهما مرابحة بربح درهم على العشرين ، وعند ذلك لا يمكن جعل جميع الربح بمقابلة الثوب ، والله تعالى أعلم .

الفصل العشرون
في الصرف في دار الحرب

١٣٢٢٩ - إذا دخل المسلم دار الحرب بأمان أو بغير أمان، وعقد مع حربي عقد الربا، بأن اشترى درهمًا بدرهمين، أو اشترى درهمًا بدينار إلى أجل، أو باع منهم خمرًا أو خنزيرًا أو ميتة أو دمًا بمال، قال أبو حنيفة ومحمد: ذلك كله جائز، وقال أبو يوسف: لا يجوز من المسلم وأهل الحرب في دار الحرب إلا ما يجوز من المسلمين. والصحيح قولهما؛ لأن مال الحربي على الإباحة الأصلية، إلا أن الذي دخل دار الحرب بأمان التزم أن لا يتعرض لهم، ولأموالهم إلا برضاهم، فيحرم عليه الأخذ بدون رضاهم تحرزًا عن العذر(١) والخيانة، فإذا أعطوه برضاهم، فقد انعدم العذر(٢) والخيانة، فيأخذه المسلم بحكم الإباحة الأصلية، ولا تأثير للمعاقدة في تعيين الرضا بالأخذ إلا في التملك، ورأيت في بعض الكتب أن هذا الاختلاف فيما إذا اشترى منهم درهمين بدرهم، أما إذا اشترى منهم درهمًا بدرهمين، لا يجوز بالاتفاق؛ لأن فيه إعانة لهم بقدر الدرهم الزائد، ويرد في حقهم ذلك القدر، وقد نهينا عن ذلك. وإن عاقد هذا المسلم الذي دخل بأمان رجلًا أسلم هناك، ولم يهاجر عقد الربا، جاز في قول أبي حنيفة، ولم يجز في قول أبي يوسف ومحمد، وهذا فرع اختلافهم في حكم مال من أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا، فإن ماله عند أبي حنيفة على حكم الإباحة ما لم يحرزه بدار الإسلام أو بإقامة مسلم، والضمان عليه، وعندهما أنه على العصمة، كمال الذمي، والمسألة قد مرت في كتاب السير.

١٣٢٣٠ - ولو دخل مسلمان دار الحرب، فتبايعا ثمة درهمًا بدرهمين، لا يجوز؛ لأن مال كل واحد منهما معصوم في حق صاحبه، وكان التملك بالعقد، وهذا العقد فاسد.

١٣٢٣١ - ولو أسلم حربيان في دار الحرب، وتبايعا درهمًا بدرهمين، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: أكره لهما ذلك، ولا آمرهما بالرد، وقال أبو يوسف ومحمد: يؤمران بالرد، والحكم في حقهما كالحكم في المستأمنين من المسلمين في دار الحرب عندهما، وأبو حنيفة يقول: بالإسلام صار الأحرار أنفسًا معصومة في حق الإثم دون الأحكام، ألا ترى أن

(١) هكذا في جميع النسخ التي عندنا، لعله: الغدر.

(٢) هكذا في جميع النسخ التي عندنا، لعله: الغدر.

الفصل الحادي والعشرون
في الصرف في الغصب والوديعة

١٢٣٣ - وإذا غصب الرجل من آخر قلب فضة، أو ذهب، واستهلكه، فعليه قيمته مصوغًا من خلاف جنسه؛ لأنه تعذر تضمينه بمثله؛ لأن القلب ليس من ذوات الأمثال، وتعذر تضمينه من جنسه غير مصوغ؛ لأنه يؤدي إلى إبطال حق المغصوب منه في الصنعة والجودة، وتعذر تضمينه من جنسه مصوغًا؛ لأنه يؤدي إلى الربا؛ لأنه يصير لصاحب القلب مثل وزن القلب وزيادة، فإذا تعذر تضمينه بهذه الوجوه تعين تضمينه مصوغًا من خلاف جنسه؛ [لأنه لا يؤدي إلى الربا، ولا إلى تفويت حق المغصوب منه في الجودة، ثم إذا ضمنه القاضي قيمته من خلاف جنسه](١) صار القلب ملكًا له بالضمان على ما عرف، فبعد ذلك ينظر إن قبض المغصوب منه القيمة قبل أن يتفرقا، بقي التضمين صحيحًا بالإجماع، وإن تفرقا قبل قبض القيمة، فكذا لا يبطل التضمين عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، فكان ينبغي أن يبطل، وهو شبهة زفر رحمه الله تعالى في المسألة، ووجه ذلك أن هذا صرف ثبت حكمًا لإيجاب الضمان، كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل، فيشترط فيه التقابض، كما لو ثبت الصرف قصدًا، والجواب وهو قول علمائنا: إن قضاء القاضي بقيمة العين عند تعذر رد العين بمنزلة قضائه برد العين حال قيام العين؛ لكون القيمة قائمة مقام العين، ثم القاضي لو قضى على الغاصب برد عين القلب، لا يشترط القبض في المجلس، فكذا إذا قضى برد القيمة، ولأن هذا صرف يثبت حكمًا للضمان الواجب بالغصب لا مقصودًا، وما يثبت حكمًا لغيره لا مقصودًا لا يراعى له من الشرائط ما يراعى لما يثبت مقصودًا، ألا ترى أن قيام المغصوب حالة التضمين ليس بشرط لصحة التضمين مع أن بالتضمين تثبت المعاوضة؛ لأن هذه المعاوضة تثبت حكمًا للتضمين لا مقصودًا، فلم يشترط لها ما يشترط لو كان تثبت هذه المعاوضة قصدًا، وبيان أن هذه المعاوضة تثبت حكمًا أن المعاوضة لا بد لها من صنع من جهة المتعاوضين، والموجود من الغاصب الغصب، والغصب نفسه ليس بموجب للملك في المغصوب للغاصب، وإنما هو موجب للضمان على الغاصب، ثم من ضرورة وجوب الضمان على الغاصب زوال المغصوب عن ملك المغصوب منه إلى ملك الغاصب، كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك

---

(١) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل، وإنما أثبتت هذه العبارة من م و ظ.

لشخص واحد، فهو معنى قولنا: إن هذه معاوضة تثبت حكمًا، وإنما جعلنا هذه المعاوضة حكمًا لوجوب الضمان [لأنه تثبت بثبوت وجوب الضمان](١) من غير أن يتخلل بين الضمان والمعاوضة فعل فاعل مختار، وحكم الشيء ما يثبت عقيب ذلك الشيء من غير تخلل واسطة اختيارية، والتقريب ما ذكرنا، وكذلك إذا اصطلحا على القيمة، فهو على الخلاف، ولو أخر القيمة عنه شهرًا، جاز عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى.

١٢٢٣٤ - وإذا غصب رجل من آخر ألف درهم، ثم اشتراها منه بمائة دينار، وقبض المائة قبل أن يتفرقا جاز، وإن لم يكن الدراهم في يده وقت الشراء؛ لأن قبض الغصب ينوب عن قبض الشراء، وكذلك إن صالحه منها على مائة دينار، وقبض المائة الدينار قبل أن يتفرقا؛ لأن الصلح على خلاف جنس الحق بمعنى الشراء، فقد وجد قبض البدلين في مجلس العقد، أحدهما حقيقة، والآخر حكمًا، ثم يستوي في هذا أن تكون الدراهم قائمة في منزل الغاصب أو كانت مستهلكة، ففي الحالين جميعًا يجوز الشراء بمائة الدينار، إذا قبضت المائة في المجلس، أما إذا كانت قائمة، فلأن الغاصب قابض لها بيده، وإن كانت مستهلكة، فلأنه قابض لها بذمته، وكذلك لو كان الذي غصبه إناء فضة، ثم اشتراه الغاصب من المغصوب منه، أو صالحه على جنس حقه، أو على خلاف جنس الدينار، فالشراء لا يجوز قياسًا واستحسانًا، سواء كان المغصوب قائمًا أو مستهلكًا، وأما الصلح فإن كان المغصوب مستهلكًا حقيقة، بأن أحرقه الغاصب، أو حكمًا بأن كان مغيبًا، وحلف الغاصب، وتفرقا قبل قبض البدل، القياس أن يبطل الصلح، وفي الاستحسان: لا يبطل، ولو كان المغصوب قائمًا في يد الغاصب، وهو مقر به، ولا يمنع المالك من أخذه لا يجوز الصلح قياسًا واستحسانًا، وجه الاستحسان وهو الفرق بين البيع والصلح إذا كان المغصوب مستهلكًا أن في الصلح إن تعذر العمل بلفظة الصلح باعتبار المبادلة من حيث إن قبض البدل قبل الافتراق شرط المبادلة، كما في البيع، أمكن العمل لمجازه، بأن يجعل الصلح كناية عن التضمين، ويصير معنى قوله: صالحتك بمنزلة قوله: ضمنتك قيمته من خلاف جنسه، أو من جنسه مثل وزنه غير مصوغ، فيكون له أن يضمنه مثل وزنه من جنسه غير مصوغ، وقبض القيمة ليس بشرط لصحة التضمين عند علمائنا الثلاثة على ما بينا، فيجعل كذلك، وإنما قلنا: أمكن الصلح بمجازه، وهو التضمين؛ لأن بين الصلح والتضمين موافقة من حيث المعنى الخاص؛ لأن الصلح أخذ بعض الحق، وترك البعض؛ لأنه أخذ الحق من حيث المعنى، وترك الحق من حيث الصورة، وحق المغصوب منه في الصورة

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ط و م وف.

معتبر حتى لا يكون للغاصب حال قيام المغصوب أن يمسك المغصوب، ويعطيه مثله، فثبت أن في الصلح معنى التضمين، فعند تعذر العمل به باعتبار المبادلة يجعل كناية عن التضمين تصحيحًا له، والتقريب ما ذكرنا، بخلاف ما إذا كان المغصوب قائمًا بعينه، والغاصب مقر به لا يمنع المالك عن أخذه؛ لأن هناك لا يمكن أن يجعل الصلح كناية عن تضمين القيمة؛ إذ ليس له حق تضمين القيمة، والحالة هذه، ولا يمكن تصحيحه بطريق المبادلة؛ لأن قبض البدل في المجلس في المبادلات شرط، ولم يوجد، ولا يمكن تصحيحه بطريق استيفاء البعض، والإبراء عن البعض؛ لأن الإبراء عن الأعيان باطل، فأما إذا كان المغصوب مستهلكًا، فللمالك حق تضمين الغاصب، فيمكن تصحيح الصلح باعتبار معنى التضمين، فصححناه كذلك، فأما في فصل البيع كما تعذر العمل بحقيقته، وهو المبادلة؛ لأن تقابض البدلين في المبادلات شرط، ولم يوجد تعذر العمل لمجازه، بأن يجعل كناية عن التضمين أيضًا؛ لأنه ليس في البيع معنى التضمين؛ لأن التضمين أخذ بعض الحق، وترك بعض الحق، وليس في البيع هذا المعنى؛ لأن قبل البيع لم يكن لواحد منهما على صاحبه حق، إنما وجب الحق بالبيع، وما وجب بالبيع استوفاه بكماله، فليس فيه معنى أخذ بعض الحق وترك البعض، فكما تعذر العمل بحقيقة البيع مبادلة، تعذر جعله مجازًا عن التضمين، أما في الصلح معنى التضمين؛ لأن قبل التضمين إذا كان العين قائمًا فللمالك أخذ العين، وبعد ما هلك، وعجز المالك عن أخذ العين إذا ضمنه، فقد أخذ بعض الحق وترك البعض، فكان في الصلح معنى التضمين من الوجه الذي بينا، والتقريب ما مر.

١٣٢٣٥ - ولو أن رجلًا أودع رجلًا ألف درهم، وقبضها المودع، ووضعها في بيته، ثم التقيا في السوق، فباع صاحب الوديعة دراهم الوديعة من المودع بمائة دينار، وقبض صاحب الوديعة الدينار، وافترقا قبل أن يجدد المودع في الوديعة قبضًا، فقد بطل البيع؛ لأن الافتراق حصل قبل قبض أحد البدلين؛ لأن المودع بنفس الشراء لا يصير قابضًا الوديعة بجهة الشراء؛ لأن قبض الوديعة لا ينوب عن قبض الشراء، وقد مر هذا في كتاب البيوع، بخلاف ما إذا كان مكان الوديعة غصبًا؛ لأن هناك الغاصب يصير قابضًا المغصوب بجهة الشراء؛ لأن قبض الغصب ينوب عن قبض الشراء؛ لأن كل واحد منهما قبض ضمان، وقد مر هذا في كتاب البيوع -والله أعلم-.

الفصل الثاني والعشرون
يشتمل على الإجارة وعلى الصرف ويدخل فيه استهلاك المشتري في عقد الصرف قبل القبض

١٣٢٣٦ - إذا دفع إلى رجل لجامًا مموهًا بفضة وزنًا معلومًا يكون قرضًا على الدافع، ويعطيه الدافع أجرًا معلومًا على ذلك، فهو جائز، يلزمه الأجر والقرض، أما جواز الإجارة، فلأنه استأجره لعمل معلوم ببدل معلوم، وأما جواز القرض فلأنه استقرض منه فضة معلومة، فصار قابضًا لذلك حكمًا لاتصاله بملكه، فيكون قرضًا صحيحًا، والقياس أنه يلزمه قيمة ماء الفضة؛ لأنه إنما يصير قابضًا لما اتصل بملكه، والمتصل بملكه ماء الفضة لا عين الفضة، فينبغي أن يلزمه قيمة ماء الفضة، لا عين الفضة من هذا الوجه، إلا أنا تركنا القياس لمكان التعامل، فإن التعامل فيما بين الناس أنهم يريدون بهذا استقراض عين الفضة، [لا استقراض ماء الفضة، والقياس يترك بتعامل الناس، وإن اختلف في مقدار ما صنع فيه من الفضة][1]، فالقول قول رب اللجام مع يمينه على علمه؛ لأن الصانع يدعي عليه زيادة حق في العمل، وإقراض جميع ما استقرض منه صاحب اللجام، وصاحب اللجام ينكر، وإنما استحلفه على العلم؛ لأنه استحلاف على فعل الغير. وإن قال: موهه بمائة درهم فضة على أن أعطيك ثمنها كذا، وأجرة عملك عشرة دنانير، وافترقا على ذلك، قال في الكتاب: هو فاسد.

واعلم بأن هذه المسألة اشتملت على الصرف والإجارة؛ لأن صاحب اللجام جعل بعض الدنانير بإزاء الفضة، فيكون صرفًا، فيفسد بالافتراق قبل قبض البدلين، وجعل البعض بإزاء العمل، فيكون إجارة، والإجارة لا تبطل بالافتراق قبل القبض، وليس من ضرورة بطلان الصرف بطلان الإجارة؛ لأن الإجارة ما كانت مشروطة في الصرف، بل الصرف كان مشروطًا في الإجارة، فبقيت الإجارة جائزة، وتبين أن المراد من المذكور في الكتاب هو فاسد أن الصرف فاسد، ثم قال في الكتاب: فإن عمله كان له على صاحب اللجام فضة مثل وزن الفضة، وأجر [مثل وزن الفضة وأجر][2] مثل عمله، أما على صاحب اللجام فضة مثل وزن الفضة؛ لأن صاحب اللجام صار قابضًا الفضة حين اتصلت بملكه بسبب صرف فاسد،

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من ط و م و ف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وقد أثبت هذه الزيادة من م.

والمقبوض بحكم العقد الفاسد واجب الرد ، وعند تعذر رد العين يجب رد المثل فيما كان من ذوات الأمثال ، ثم قال : وللعامل على صاحب اللحام أجر مثل عمله ، هكذا ذكر الحاكم الشهيد في المختصر ، فقد أوجب أجر مثل العمل ، وهذا لأنه فساد الإجارة ، وفي الأصل يقول له أجر مثل من الدنانير إذا قسمت الدنانير على أجر مثله ، وعلى المائة الدرهم ؛ فقد أوجب بعض المسمى ، وأنه دليل صحة الإجارة ، وهذا هو الصحيح ؛ لأن الإجارة جائزة . وذكر أجر المثل في الكتاب ليس لبيان أن الواجب أجر المثل ، وإنما هو لبيان قدر الواجب من المسمى ، يعني له حصة أجر المثل من الدنانير المسماة ، وتفسير ذلك أن يقسم الدنانير العشرة على المائة الفضة وعلى أجر مثل عمله ؛ لأن الدنانير العشرة قوبلت بشيئين : الفضة وبعمله ، فيقسم عليهما باعتبار القيمة ، فما أصاب الفضة يكون صرفًا ، وما أصاب أجر المثل يكون بمقابلة العمل حتى إنه إذا كان قيمة الفضة وأجر مثل عمله على السواء ، يقسم العشرة الدنانير نصفان ، فأجر المثل اعتبر لمعرفة حصة العمل من المسمى ، لا لأن الواجب أجر المثل ، هذه الجملة من باب الإجارة بالتمويه ، وفي باب الإجارة بالصناعة إذا شرط على العامل ذهب التمويه ، فشرط له أجر درهم ، ولم يبين مقدار ذهب التمويه ، فلا خير فيه .

قال : وكذلك إذا شرط مقدار ذهب مجهول ، بأن قال : على أن يموهه بقيراط ذهب فلا خير فيه ، أما إذا لم يبين ، فلأن مقدار ذهب التمويه مجهول ، ولأن ما يدل من الأجر مقابل بذهب التمويه والعمل ، فما يخص الذهب يكون صرفًا ، ولم يوجد فيه قبض أحد البدلين فيه ، فيفسد ، وإذا فسد الصرف فسدت الإجارة ؛ لأن هذه إجارة شرط فيها صرف فاسد . وأما إذا بين مقدار ذهب التمويه ، فإنما لا يجوز لمعنى الثاني ، قال : إلا أن يقبض الأجير الدرهم ، ويقبض المستأجر القيراط من الأجير ، ثم يدفعه إليه ، ويقول له : موهه به ، فحينئذ يجوز ، وكان ينبغي في هذه الصورة أن لا يجوز أيضًا ؛ لأن هذه إجارة شرط فيها صرف ، فكان صفقة في صفقة ، لكن جوزنا ذلك لتعامل الناس .

١٣٢٣٧ - فرّع على مسألة باب الإجارة في الصناعة ، فقال : لو استأجر يعرض أو ما أشبهه على أن يموه جامه ، وشرط ذهب التمويه على الأجير ، وبين مقداره ، فهو جائز ، وإن لم يتقابض ؛ لأن ما يخص الذهب من العرض يكون بيعًا ، وما يخص العمل يكون إجارة ، وقبض الثمن والأجرة قبل الافتراق ليس بشرط .

١٣٢٣٨ - ولو دفع إلى رجل عشرة دراهم فضة ، وقال : اخلط لي فيها خمسة دراهم فضة ، ثم صغها كلها قلبًا ، ولك أجر كذا وكذا ، ففعل ذلك ، فهو جائز ؛ لأنه استقرض من

العامل خمسة دراهم، وصار قابضًا لها حكمًا للاختلاط بملكه، ألا يرى لو هلكت بعد الخلط هلكت من مال الآمر. ثم استأجره ليعمل في ملكه بمال معلوم، وذلك جائز. فقد جعل الخمسة قرضًا في هذه المسألة، وفي المسألة الأولى لم يجعل في هذا الفصل ما كان من عقد التعامل قرضًا، وإنما جعله صرفًا؛ لأن في المسألة الأولى نص على الصرف، حيث قال: على أن أعطيك ثمنه وأجر عملك كذا، وههنا لم ينص على الصرف، فإنه لم يذكر الثمن، إنما ذكر لفظًا محتملًا، وهو قوله: اخلط لي فيها خمسة من عندك، وهذا يحتمل ثلاثة أشياء: الهبة والقرض والصرف، غير أن الهبة منتفية؛ لأنها من إخلاف قصود الناس، فبقي الاحتمال في القرض والصرف، وتعين القرض أولى؛ لأنه أدنى؛ لأنه يجري مجرى العارية؛ لأنه تمليك المنفعة بمثله، وليس فيه ضرر، وفي الصرف تمليك الرقبة والمنفعة جميعًا، وكان القرض أدنى، فجعلناه مستقرضًا للخمسة قابضًا لها حكمًا لاتصالها بملكه، ولو لم يخلط إليه الفضة، ولكن قال له: صغ لي قلبًا من عندك بعشرة دراهم، فهذا باطل؛ لأنه استأجر للعمل في ملكه؛ لأن القرض لا يفيد الملك إلا بالقبض حقيقة باليد، أو حكمًا لاتصاله بملكه، ولم يوجد.

١٣٢٣٩ - وإذا اشترى من آخر قلب فضة بدينار، ودفع الدينار، ولم يقبض القلب حتى جاء رجل، وأحرق القلب، واختار المشتري فسخ العقد، وأخذ ديناره من البائع، وكان للبائع أن يتبع المحرق بقيمة القلب، وإن اختار المشتري إمضاء العقد، واتبع المحرق بقيمة القلب، وأخذ منه قيمة القلب قبل أن يفترق البائع والمشتري، جاز الصرف؛ لأن قبض قيمة القلب كقبض القلب، إلا أنه يتصدق بما زاد على الدينار إن كان ثمة زيادة؛ لأنه ربح ما لم يضمن، وإن لم يقبض القيمة حتى تفرقا بطل البيع، وعلى البائع رد الدينار، واتبع المحرق بقيمة القلب، وهذا قول محمد، وكان أبو يوسف يقول أولًا: بقول محمد، ثم رجع، وقال: لا يبطل الصرف. والحاصل أن على قول محمد -وهو قول أبي يوسف الأول- اختيار المشتري اتباع المحرق لا يكون قبضًا منه، وعلى قول أبي يوسف الآخر يكون قبضًا منه. وقول أبي حنيفة نظير قول أبي يوسف، ذكر قول أبي حنيفة في الجامع الكبير في مثل هذه المسألة.

وصورة تلك المسألة: رجل اشترى من آخر عبدًا، وقتل قبل قبض المشتري، واختار المشتري إمضاء العقد، واتباع القاتل، فتويت القيمة على القاتل، فعلى قول أبي يوسف أولًا وهو قول محمد: التوى على البائع، ويبطل البيع، ولا يكون اختيار المشتري اتباع القاتل بالقيمة قبضًا منه، وعلى قول أبي يوسف الآخر -وهو قول أبي حنيفة- يكون التوى على المشتري، ولا يبطل البيع، ويكون اختيار المشتري اتباع القاتل بالقيمة قبضًا منه.

الفصل الثالث والعشرون
في الصرف في المعادن وتراب الصواغين يدخل فيه الاستئجار لتخليص الذهب والفضة من تراب المعادن

١٣٢٤٢ - ذكر عن الشعبي رضي الله تعالى عنه أنه قال: لا خير في تراب الصواغين، وهذا عندنا إذا لم يعلم هل فيه شيء من الذهب أو الفضة أو لا، فإن علم وجود ذلك فيه فباعه بعرض، أو بجنس آخر، جاز عندنا، واعلم بأن تراب الصواغين أو المعادن لا يخلو عن أربعة أوجه: إما إن كان تراب ذهب، وفي هذا الوجه إن بيع بالذهب، أو بذهب وفضة، لا يجوز، وإن بيع بفضة يجوز، وأما إن كان تراب فضة، ففي هذا الوجه إن بيع بفضة، أو بفضة وذهب، لا يجوز، وإن بيع بذهب يجوز، وأما إن كان تراب ذهب وفضة، وفي هذا الوجه إن بيع بذهب، أو فضة لا يجوز، وإن بيع بذهب وفضة يجوز، فيصرف الجنس إلى خلاف الجنس، وأما إن كان لا يدري أن فيه ذهبًا، أو لا يدري أن فيه كليهما، أو أحدهما، وفي هذا الوجه لو بيع بذهب أو فضة لا يجوز، وكذلك إذا بيع بذهب أو فضة لا يجوز

١٣٢٤٣ - وإذا احتفر الرجل موضعًا من المعدن، ثم باع تلك الحفرة، فبيعه باطل؛ لأنه باع ما لا يملكه؛ لأنه ما احتفر هذا المكان ليملك رقبته، إنما احتفره ليملك ما فيه، بخلاف ما لو احتفر حفيرة في أرض موات بإذن الإمام؛ لأن باحتفاره كان تملك رقبته هذا، فقد باع ما يملك.

١٣٢٤٤ - وإذا كان لرجل على رجل دين، فأعطاه ترابًا مكان دينه، فإن كان الدين فضة، وأعطاه تراب الفضة، لم يجز؛ لأنه لو باع تراب الفضة بالفضة، لم يجز، وكذا إذا قضى الدين على هذا الوجه، فرق بين هذا وبين ما ذكر في كتاب الصلح إذا كان لرجل على رجل ألف درهم دين، فأعطاه القريب دراهم مجهولة الوزن على سبيل الصلح، فإنه يجوز استحسانًا، فقد جوز هذا التصرف على وجه الصلح، ولم يجوز على وجه القضاء، وإن أعطاه تراب ذهب جاز؛ لأنه لو باعه تراب ذهب بفضة جاز، كذا هنا.

ولو اشترى تراب ذهب بتراب ذهب، أو تراب فضة بتراب فضة لا يجوز، ولو اشترى تراب ذهب بتراب فضة، أو على العكس يجوز، وكل واحد منهما بالخيار إذا رأى ما فيه.

١٣٢٤٥ - وإذا استقرض الرجل من رجل تراب ذهب، أو تراب فضة، فإن عليه مثل

ما يخرج من التراب؛ لأنه هو المقصود، ويكون القول قول المستقرض في مقدار ما خرج، ولو استقرضه على أن يعطيه تراباً مثله لا يجوز؛ لأنه يكون بيع فضة بفضة مجازفة، وأنه لا يجوز، لما يتوهم فيه من الربا.

١٣٢٤٦ - وإذا استأجر الرجل رجلاً يخلص له ذهباً أو فضة من تراب المعادن، أو من تراب الصواغين، فهذا على ثلاثة أوجه: إما أن يقول: استأجرتك لتخلص لي ألف درهم فضة من هذا التراب، أو قال: ألف مثقال ذهب من هذا التراب، ولا يدري أن ذلك القدر هل يخرج من هذا التراب الذي أشار إليه أو لا يخرج، فإنه لا يجوز، وإما أن يقول: استأجرتك لتخلص الذهب والفضة عن هذا التراب بكذا، فإنه جائز، وإما أن يقول: استأجرتك لتخلص لي ألف درهم فضة من التراب، ولم يشر إلى التراب، فإنه لا يجوز أيضاً بمنزلة ما لو استأجره ليخيط له قميصاً بدرهم، ولم يعين الكرباس.

الفصل الرابع والعشرون
في المتفرقات

١٣٢٤٧ - قال محمد رحمه الله تعالى: إذا اشترى الرجل من آخر عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم، وزاد عليها دانقاً، ثم وهبه له هبة، ولم يدخله في البيع [فهو جائز، يريد بقوله: لم يدخله في البيع] (١) أن الهبة لم تكن مشروطة في الشراء [إذ لو كانت مشروطة في الشراء لأفسد الشراء] (٢)، وإنما جاز هذا التصرف لأنه لو لم يجز إنما لم يجز لمكان الربا، وإذا وهب الدانق منه، فقد انعدم الربا، قالوا: وإنما يصح هبة الدانق إذا كان الدرهم صحيحاً يضره الكسر؛ لأنه حينئذ تكون هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة، وإنها جائزة، وأما إذا كانت الدراهم بحيث لا يضره الكسر، لا يجوز الهبة؛ لأنها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، وهبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا يتم قبل القسمة والتمييز، ولا يجوز بيع الذهب بالذهب مجازفة، ولا بيع الفضة بالفضة مجازفة، إذا لم يعلم وزنهما، أو وزن أحدهما، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «الفضة بالفضة مثلاً بمثل وزناً بوزن والذهب بالذهب مثلاً بمثل وزناً بوزن» (٣)، فقد جعل المماثلة في الوزن شرط جواز البيع، ولم توجد المماثلة في الوزن هنا، فإن وزنا ووجدا متماثلين.

فهذا على وجهين: إن وزنا في مجلس العقد، فالبيع جائز، وإن وزنا بعد الافتراق عن المجلس لا يجوز العقد، وهو نظير بيع الفضة بالفضة، والذهب بالذهب إذا اعتدل البدلان في كفة الميزان، وإن لم يعلم مقدار كل واحد منهما ليتيقنا بالمماثلة وزناً، والمماثلة إذا وزن أحدهما بصاحبه، أظهر منه إذا وزن كل واحد منهما بالسنجات عقد الصرف إذا فسد بسبب الافتراق عن المجلس قبل القبض، لا يخرج المشترى عن ملك المشتري قبل الرد على البائع، بيانه في مسألة ذكرها محمد في «الجامع»: رجل اشترى من آخر إبريق فضة بدينارين، وقبض الإبريق، ونقد ديناراً واحداً، ثم تفرقا قبل أن ينقد الدينار الآخر، فسد البيع في نصف

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من: م، ب.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل، وأثبتناه من: م، ب.

(٣) قد سبق تخريجه.

الإبريق، ولا يتعدى الفساد إلى النصف الآخر، فإن حضر رجل بعد ما غاب بائع الإبريق، وادعى نصف الإبريق لنفسه، كان المشتري خصماً له؛ لأن المشتري مالك جميع الإبريق؛ لأن السبب وإن فسد في النصف لمكان الافتراق لا يبطل ملكه فيه ما لم يرده؛ لأن فساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت الملك عند اتصال القبض به، فأولى أن لا يمنع بقاء الملك في القبض، فكان كل الإبريق ملكاً للمشتري، فيكون خصماً للمدعي.

قال هشام: سألت[1] أبا يوسف رحمه الله تعالى عمن باع درهماً بدرهم، ورجح أحدهما، وحلله صاحب الرجحان، قال: هذا جائز؛ لأنه لا يقسم، الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: لا بأس ببيع خاتم فيه فص بخاتمين فيهما فصان، وكذلك السيف المحلى بسيفين، وقال أبو حنيفة: لا بأس ببيع المغشوش إذا بين، أو كان ظاهراً يرى، وهو قول أبي يوسف، وقال في رجل معه على الفضة النحاس، فلا يبيعها حتى يبين، قال: ولا بأس بأن يشتري ستوقة إذا بين، وأرى للسلطان أن يكسرها[2] لعلها تقع في يدي من لا يبين.

بشر في الإملاء: عن أبي يوسف، وأكره للرجل أن يعطي الزيوف والنبهرجة والستوقة والمكحلة والزيفة والبحارية، وإن بين ذلك، وتجوز بهما عنده لأحد من قبل إن انفاقهما ضرر على العوام، وما كان ضرراً عاماً، فهو مكروه، وليس يصلحه تراضي هذين المتعاقدين من قبل ما يجوز فيه من الدلسة على الذاهب به، ومن الفاجر الذي لا يتحرج، وقال: كل شيء لا يجوز بين الناس فبائعه[3] ينبغي أن يقطع، ويعاقب صاحبه إذا أنفقه وهو يعرفه.

١٣٢٤٨- ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا اشترى تراب الصرافين بذهب، فلم يكن فيه ذهب، ولا فضة، فالبيع فاسد من قبل أنه اشترى ما فيه ليس البيع على التراب دون ما فيه، وإذا كان فيه ذهب وفضة، جاز البيع، وليس ينبغي للصائغ أن يأكل من ثمن ما باع من تراب الصياغة من قبل أن ما فيه متاع الناس إلا أن يكون قد زاد في متاعهم حتى أوفاهم بقدر ما سقط منهم في التراب، فإذا كان كذلك طاب لهم الفضل، وأكره للمشتري أن يشتريه حتى يخبره الصائغ أنه قد أوفى الناس متاعهم من قبل إن علم المشتري محيط بأن

(١) وفي م: قال هشام سئل أبو حنيفة.

(٢) هكذا في النسخ الباقية التي عندنا، وكان في الأصل: يبيعها.

(٣) هكذا في الأصل و ظ، وكان في ف: فبائعه، وكان في م: لا يجوز بين الناس فيه ينبغي.

الصائغ لا يملك ذلك.

١٣٢٤٩ - ابن سماعة: إذا باع عشرة دراهم وضح بعشرة مكحلة لم يصح؛ لأن هذه تنقص وما فيها من الكحل ليس له ثمن، فيكون بما زاد من وزن النقص.

١٣٢٥٠ - وفي «الإملاء»: عن أبي يوسف[1]: رجل اشترى من رجل خاتمًا من فضة فيه فص بدراهم أو دنانير، وتقابضا، ثم قلع المشتري الفص من الفضة، والقلع لا يضر بواحد منهما، ثم وجد بأحدهما عيبًا، رده، وأخذ بحصته من الثمن. وكذلك لو وجد بأحدهما عيبًا قبل أن يقلع الفص من الفضة، وأراد ردهما جميعًا، فليس له ذلك، ولكنه يقلع الفص من الفضة، ثم يرد الذي به العيب منهما، وإن كان المشتري قد قبضهما، ولم يدفع الثمن حتى وجد بأحدهما عيبًا، فإن شاء أخذهما، وإن شاء ردهما، وإن لم يجد بأحدهما عيبًا، ولكنهما افترقا قبل قبض الثمن، بطل البيع في الفضة، ولزم المشتري الفص بحصته؛ لأن الذي بطل فيه البيع إنما بطل بترك المشتري دفع الثمن، وذلك لا يوجب الخيار له، ثم قال: والفص والفضة إذا كانا[2] إذا ميزا لم يضر ذلك بواحد منهما بمنزلة السمن في الزق يباعان جميعًا، وبمنزلة الزيت في الجراب، وكذلك السيف المحلى أو المنطقة المحلاة، أو ما أشبه ذلك من الجوهر يكون في الذهب، وكل شيء من ذلك كان نزعه لا يضر بواحد منهما، فكأنهما شيئان متباينان في جميع ما وصفت لك.

١٣٢٥١ - وإذا اشترى خاتم فضة فيه فص بدراهم أو دنانير، وقبضهما، ثم ميزهما قبل الافتراق، أو بعده، والتمييز يضر به، وافترقا قبل أن يدفع الثمن، فالبيع فاسد في ذلك كله، ويرد المشتري على البائع الفص، وما نقصه، وإن كانت الفضة نقصت مع ذلك، أو نقصت وحدها، ولا يقدر المشتري على ردها، ولكنه يغرم قيمتها مصوغة من الذهب إلا أن يشاء البائع أن يأخذها وحدها، ولا يغرم المشتري نقصانها؛ لأن المشتري حين قبض الخاتم قبل أن يميز الفص منه، والتمييز يضر به كان ذلك شيئًا واحدًا، وإنما بطل البيع في بعضه، بطل في كله.

١٣٢٥٢ - وفي «المنتقى»: اشترى خاتم فضة في فص بفرند عدة دنانير، فذهب الفص عند البائع، فإن هذا في قياس قول أبي حنيفة أن يأخذ الحلقة بمائة دينار أو يدع، ولو كان اشتراه بدراهم كان يأخذ الحلقة بوزنها من الفضة؛ لأنه لا يصلح أن يأخذها بأكثر من ذلك.

١٣٢٥٣ - أبو سليمان عن أبي يوسف: إذا تصارف الرجلان دراهم بدنانير، وتقابضا،

(١) وفي ف: عن محمد بدلاً من عن أبي يوسف.

(٢) هكذا في الأصل و[illegible]، وفي [illegible]: إذا كانا متى لم يضر ذلك.

وتفرقا، فوجدت الدراهم من صنف غير الذي اشترطه له، ففي قول أبي يوسف له أن يستبدلها إذا كان دون شرطه، وإن كانت خيراً من شرطه، فليس له أن يستبدل، وكذلك إذا كانت مثلا للذي شرط، ينفق في جميع البلدان، [و البيوع كما ينفق الذي شرط في البيع، وإن كانت لا تنفق في بعض البيوع، أو بلد من البلدان][1]، فله أن يستبدلها، وإن شاء تجوز بها، وأما في قياس قول أبي حنيفة وإن كان فيها هذا النقصان، فهي بمنزلة النبهرجة، وإن كانت أكثر من الثلث، انتقض بحساب ذلك.

وفي المنتقى: رجل اشترى عبداً بألف درهم، وأعطى بها مائة دينار قبل أن يقبض العبد، ثم تفرقا، ثم استحق قبل أن يقبضه، أو بعد ما قبضه، فقد بطل الصرف، وكذلك لو قبضه، ثم صارفه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، ولو أن المستحق بعد ما استحق العبد، وقضى به له أجاز البيع أو لم يجز؛ لأن القضاء به له نقض البيع، ولو أجاز البيع قبل أن يقضى به له، وأجاز الصرف، كان جائزاً، ولو أجاز البيع، ولم يجز الصرف، كان البيع جائزاً، والصرف أيضاً جائزاً في قول أبي حنيفة، ويضمن البائع ألف درهم لرب العبد، ولا يجوز الصرف في قول أبي يوسف، ويرد البائع الدنانير، ويأخذ ألف درهم.

١٣٢٥٤ - وفي المنتقى: رجل صرف عشرة دنانير بعشرين درهماً، وتقابضا، ثم أن بائع الدراهم وجد الدينار الذي قبضه ينقص قيراطاً، قال: له أن يرجع بدرهم حصة القيراط؛ لأن كل دينار عشرون قيراطاً، قال: وله أن يرد الدينار، ويأخذ دراهمه إن شاء؛ لأنه تعيب، وإن شاء أمسكه، ولا شيء له غير الدينار بعينه، وأما في قول أبي يوسف فإنه يرجع بنقصان الدينار، ثم إن شاء أمسك الدينار بعينه، وإن شاء رده، ورجع عليه بتسعة عشر جزءاً من عشرين جزءاً من دينار، فيكون لبائع الدينار جزء، ولهذا تسعة عشر، فيكون الدينار بينهما على ذلك.

١٣٢٥٥ - وفيه أيضاً: رجل باع من آخر قلب فضة وزنه عشرة دراهم بعشرة دراهم، فدفع القلب، ولم يقبض الدراهم حتى وهب مشتري القلب القلب منه، ينظر إن دفع مشتري القلب ثمن القلب قبل أن يفترقا صح البيع، وجازت الهبة، وإن تفرقا قبل أن يدفع ثمنه، انتقض البيع وبطلت الهبة، ويرجع القلب إلى بائعه، وصار ذلك مناقضة.

١٣٢٥٦ - وفي نوادر ابن سماعة: رجل اشترى من آخر ديناراً بعشرين درهماً، وقبض الدينار، ولم يدفع الدراهم حتى وهب الدينار لبائعه، ثم فارقه قبل أن يدفع إليه

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ و م وف

وتقابضا، ثم استحقت الألف الغلة من يدي الصيرفي، ثم رجع الصيرفي على الذي اشترى منه الفضة بالتسعمائة الوضح [الذي أعطاه، فرجع عليه بمائة درهم غلة ثمن الفلس الذي أعطاه، وإن لم يتفرقا حتى استحقت الغلة، رجع الصيرفي على الرجل بألف غلة مثلها، وإن لم يستحق شيء من ذلك حتى افترقا، ثم استحقت المائة الفلس من الرجل، رجع على الصيرفي بمائة فلس مثلها، وإن لم يستحق الفلوس، ولكن استحقت التسع مائة الوضح بعد ما افترقا، رجع على الصيرفي بتسع مائة غلة، وإن استحقت التسع مائة الوضح، والمائة الفلس بعد ما تفرقا][1] رجع على الصيرفي بتسعمائة غلة ثمن الوضح، ويرجع عليه بمائة فلس بدل الذي استحق، وإن استحق ما في يد الرجل من الوضح والفلوس، واستحق ما في يد الصيرفي من الغلة، فإن كان بعد ما افترقا، فقد انتقض البيع بينهما في جميع الدراهم والفلوس، وإن كانا لم يتفرقا يرجع كل واحد منهما على صاحبه بمثل ما استحق من يده، والبيع تام.

ابن سماعة عن أبي يوسف: أن الرد بالعيب بعد القبض لا يبطل الصرف، وكذلك الرد بخيار الرؤية، والرد بالعيب قبل القبض بمنزلة موت العبد قبل أن يقبضه، وأما في الرد بخيار الشرط بعد القبض يرجع بالدنانير التي أعطى بدل الألف درهم الثمن.

١٣٢٦٢ - وفي كتاب الصرف: إذا اشترى ألف درهم بعينها بمائة دينار، والدراهم بيض، فأراد مشتري الدراهم أن يتبرع على بائعه بالجودة، وأبى بائعه تبرعه، فله ذلك، قال شيخ الإسلام: وهو نظير ما لو أبرأه عن شيء من الثمن، ورد عليه من أبرأه، كان له ذلك، قال أيضاً: وهو نظير ما ذكر في الجامع إذا كان لرجل على رجل ألف درهم، فأتاه بألف جياد، وأبى صاحب الدين أن يقبل [ذلك، ولا يجبر عليه، وإن أبى يحبس حقه وزيادة؛ لأنه تبرع عليه، فكان له أن لا يقبل][2] تبرعه ومنته، فكذا هذا، قال: وكذا لو اشترى منه ضرباً من الدنانير، وقال للبائع: أعطني دنانير غيرها، لم يكن له ذلك، وإن كان ما طلب دون حقه، إلا أن يرضى الآخر دون حقه.

وفي المنتقى: والذي عليه السود أن يؤدي بيضاً عوض السود وأجود منه، ويجبر من له على القبول، وكذا من عليه البيض إذا أدى سوداً مثله، يجبر على القبول عند علمائنا الثلاثة.

١٣٢٦٣ - قال هشام: سمعت محمداً يقول: في رجل له ابن صغير، قال: أشهدوا أني اشتريت هذا الدينار من ابني هذا بعشرة دراهم، ثم قام الأب قبل أن يزن العشرة، فإنه يبطل

(١) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م و ب و ف.

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل وأثبتناه من م و ب و ف.

الصرف بقيامه. قال: وسمعت أبا يوسف يقول: رجل اشترى دينارا بعشرة دراهم، وقبضه على أن الدينار مثقال وحبة، ثم افترقا، فوزن الدينار فإذا هو ينقص حبة هو مثقال سواء، فإنه يرجع على البائع بحصة الحبة من الدينار، أو يرد الدينار الناقص على البائع، ويأخذ منه دينارا بوزن مثقال وحبة، ويكون البائع شريكه في الحبة الزائدة.

١٣٢٦٤ - المعلى في نوادره: عن أبي يوسف: رجل اشترى من رجل دينارًا بعشرة دراهم، وتقابضا، وتفرقا، ثم وجد الدينار ينقص وزنه العشر، قال: إن كان نقصان الدينار عيبًا بالدينار، رده المشتري على البائع، وأخذ منه دينارًا وزنًا، وأخذ منه عشر الثمن، وكان للمشتري في الدينار تسعة أعشاره، وللبائع العشر، وإن كان نقصان الدينار ليس بعيب في الدينار، رجع المشتري على البائع بعشر الدراهم، ولزمه الدينار، وإذا كان عند رجل ألف درهم وديعة، فاشترى بها مائة دينار، وأجاز صاحب الوديعة الشراء قبل أن يتفرقا، جاز، وله على المستودع ألف درهم، وإن أجازه بعد ما افترقا، فإن شاء صاحب الوديعة ضمن ماله المستودع، ويجوز البيع، وإن شاء ضمن بائع الدينار، وانتقض الصرف.

١٣٢٦٥ - الحسن بن زياد عن أبي يوسف: رجل له على رجل ألف درهم، فاشترى منه مائة دينار بألف درهم، ثم تقابضا ما عليه، قال أبو يوسف: إن تقاصا قبل أن يفترقا جاز، وإن تفرقا قبل أن يتقاصا بطل، وهو قول أبي حنيفة.

١٣٢٦٦ - المعلى عن أبي يوسف: رجل دفع إلى رجل درهمًا، وقال: أبدله لي وأخذه منه، وضاع منه قبل أن يبدله، قال: هو ضامن له.

رجل دفع إلى رجل دينارًا، وأمره أن يبيعه، ودفع إليه آخر ثوبه، وأمره أن يبيعه، فجمع المأمور، فباع الدينار والثوب صفقة واحدة، وقبض بعض الثمن، ثم توى ما بقي على المشتري، توي من مال صاحب الثوب.

١٣٢٦٧ - ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: اشترى من آخر ألف درهم بمائة دينار، وصدق كل واحد منهما صاحبه بالوزن، وتقابضا يعني قبل الوزن، فهذا جائز، وينتفع كل واحد منهما بما اشتراه، ولو قال: بعني هذه الدراهم التي في يديك بهذه الدنانير التي في يدي، ولم يسميا عددًا، ولا وزنًا، وتقابضا، جاز لكل واحد منهما أن ينتفع بما اشترى قبل الوزن والعد، وهذا بيع مجازفة، وإن قال: بعني ألف درهم، وتقابضا بغير وزن، وصدق كل واحد منهما صاحبه في هذا المقبوض ألف درهم، ثم وزن كل واحد منهما قبل التفرق، أو بعده، فوجدها سواء بسواء، فهذا جائز، ولو لم يصدق كل واحد منهما صاحبه، وتفرقا ثم

وزناه، وكانا سواء، لم يجز من قبل أنهما قد تفرقا على غير علم بأنها قد استوفياه، ألا يرى أن رجلا لو باع رجلا درهمًا في كيس بدراهم في كيس، فإن وزناها قبل أن يتفرقا، وكان سواء، فالبيع جائز، وإن تفرقا قبل أن يزناها، فالبيع فاسد.

١٣٢٦٨ - إذا اشترى دينارًا بعشرة دراهم، ثم باعها بربح درهم لا يجوز، ولو باعها بربح قيراط ذهب جاز.

١٣٢٦٩ - رجل باع من رجل ثوبًا ونقرة فضة بخمسين درهمًا على أن النقرة ثلاثون، فإذا هي خمسون، فإنه يقطع له من النقرة ثلاثون، وإن كان مكانها إياه، وقبلنا، فإن علم وزنه قبل أن يفترقا، فالمشتري بالخيار، إن شاء أعطاه عشرين درهمًا أخرى، وإن كانا قد افترقا كان شريكه في القلب، وللمشتري ثلاثة أخماسه.

بشر عن أبي يوسف: رجل باع سيفًا محلى من رجلين بمائة درهم، وحلية السيف خمسون درهمًا، نقبض أحدهما خمسة وعشرين درهمًا بغير إذن شريكه، ثم افترقا، فإن هذا النقد من الناقد، وينقد خمسة وعشرين درهمًا أخرى، ويكون له نصف السيف، وانتقض البيع في حصة الآخر، وهذا قول أبي يوسف، وأما في قياس قول أبي حنيفة: فالنقد عنهما جميعًا، وفسد البيع كله، ويرجع الناقد على البائع بما أعطاه، وإن شاء رجع على شريكه بنصفه، ثم اتبع البائع بخمسة وعشرين.

١٣٢٧٠ - وإذا اشترى الرجل من الرجل ألف درهم بمائة دينار، وصدق كل واحد منهما صاحبه في الوزن، وتقابضا، وتفرقا قبل أن يتوازناه، فالبيع فاسد، وقد ذكرنا قبل هذا قول أبي يوسف في غير هذه الصورة: إنهما إذا تفرقا، وكل واحد منهما مصدق لصاحبه، ثم توازناه، فهو جائز.

١٣٢٧١ - وإذا أقرض الرجل رجلا ألف درهم، وأخذ بها كفيلا، ثم أن الكفيل صالح الطالب على عشرة دنانير، وقبضها، فهو جائز؛ لأن الكفيل قائم مقام الأصيل، والأصيل لو صالح عن الألف الدرهم على عشرة دنانير جاز إذا قبض الدنانير في المجلس، فكذا إذا صالح الكفيل، ويرجع الكفيل على الأصيل بالدراهم؛ لأن الكفيل ملك ما في ذمته بالصلح، ولو ملك ما في ذمته بالأداء، أو بالهبة، رجع على الأصيل، فكذا إذا ملكه بالصلح، ولو أن الكفيل صالحه على مائة درهم، لم يرجع على الأصيل إلا بمائة درهم، وإنما كان كذلك؛ لأن هذا الصلح في معنى إبراء الكفيل عما زاد على المائة، ولو أبرأ الكفيل عن الكل، لا يرجع على الأصيل بشيء، فكذا إذا أبرأه عما زاد على المائة لا يرجع على الأصيل بما زاد على المائة، وإن

الكفيل الألف الدرهم، ومنعك الطالب إذا رجع على الأصيل، وأخذ منه الألف، كان للأصيل أن يرجع بما أدى على الكفيل؛ لأن الأصيل إنما أدى الألف الدرهم إلى الكفيل ليستفيد البراءة عن دين الطالب، ولم يحصل فكان له الرجوع بما أدى، كذا ههنا.

ثم قال: إلا أن يشاء الكفيل أن يعطي الأصيل الدنانير التي أخذها منه، معناه إذا قال الكفيل للأصيل حين أراد الأصيل أن يرجع عليه بالألف الدرهم: أنا أعطيك الدنانير التي أخذتها منك، ولا أعطيك الألف الدرهم، فله ذلك؛ لأن الكفيل يقول للأصيل: أنا أخذت منك الدراهم بطريق الصلح، ومبنى الصلح على الإغماض والتجوز بدون الحق، [وإنما رضيت بأنا بالتجوز بدون الحق، بشرط أن أكون أنا المباشر لقضاء دين الطالب لعلمي أن الطالب يرضى عني بدون الحق] [1]، فإذا باشرت أنت وأردت الرجوع علي بجميع الألف، فقد فات غرض هذا الصلح، فلا أرضى به، وهذا يصلح حجة للكفيل، فلهذا كان له الخيار بين أن يعطي الطالب الألف الدرهم وبين أن يعطيه العشرة الدنانير، قد ذكرنا مسألة الإقالة في الصرف في صدر الكتاب.

١٢٢٧٣ - قال الحاكم أبو الفضل في "المنتقى": روي عن محمد رحمه الله تعالى: أنه لا تجوز الإقالة في الصرف، قال: لأنه ليس هنا مشتري - والله أعلم -

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل وأثبتناه من ظ، م، وب.

فهرس الموضوعات
للمجلد العاشر من المحيط البرهاني